Prof. NICOLA COVIELLO

CORSO COMPLETO

DEL

DIRITTO DELLE SUCCESSIONI

2ª edizione

CURATA

dal Prof. LEONARDO COVIELLO

DELLA R. UNIVERSITÀ DI PALERMO

Volume I.

PARTE GENERALE

NAPOLI
Lorenzo Alvano, Libraio-Editore
Via Università, 26 - S. Marcellino, 1
1914

AVVERTENZA

Queste litografie contengono un trattato completo del diritto successorio secondo il nostro Codice Civile (Parte generale, vol. I; Successioni legittime e testamentarie, vol. II). Sono i corsi del mio amatissimo fratello prof. Nicola professati nella R. Università di Catania negli anni accademici 1905-1906, e 1909-1910.

La redazione non è a lui dovuta, perchè le lezioni vennero raccolte dagli uditori ed egli ne rivide soltanto le bozze sommariamente prima di permettere la litografia. Però se manca il limae labor, *il contenuto rispecchia sostanzialmente le idee dell'Autore, il quale aveva studiato l'argomento con la consueta ampiezza e profondità.*

Permettendo ora la riproduzione in una forma assai più nitida e corretta, ho ceduto alle vive insistenze sia dell'Editore, sia di moltissimi studiosi che ardentemente desideravano non venire privati di un'esposizione del diritto successorio, facile e piana da un canto e d'altra parte condotta con lo stesso metodo rigorosamente scientifico che si trova nelle altre opere del compianto Maestro.

Ho creduto inoltre che la nuova riproduzione possa riescire di grande vantaggio ai miei studenti dell'Ateneo palermitano, come guida per la loro preparazione.

Palermo, 30 aprile 1914

Prof. Leonardo Coviello

DIRITTO DELLE SUCCESSIONI

I I

Le disposizioni comuni alle succes-sioni legittime e testamentarie

Lezione 1ª

Sommario

Successione in genere - Concetto di eredità (in senso obbiettivo) - Eredità in senso subbiettivo, ossia il diritto ereditario - Successione a titolo particolare - Criterio distintivo tra eredità e legato - Si completa il concetto di legato -

Che significa successione?

Successione in senso ampio significa il sottentrare di una persona nel rapporto giuridico di cui era soggetto un'altra persona.

La successione così è sinonimo della trasmissione del diritto. I diritti sono dei rapporti fra la persona e la cosa;

quando restando immutati l'oggetto del diritto e il contenuto del diritto, muta la persona, in quanto che a un soggetto sottentra un secondo, questo fenomeno si dice trasmissione del diritto o successione. Quindi la successione s'incontra non solo nel caso di morte di un individuo, ma anche in molti altri casi più comuni nella vita; così il compratore è successore del venditore, il donatario del donante, chi acquista un usufrutto è successore del proprietario concedente l'usufrutto, chi fa un contratto di enfiteusi è successore del padrone del fondo, ecc. In tutti i casi in cui c'è trasmissione di diritti, in cui una persona sottentra in luogo di un'altra, come soggetto in un dato rapporto giuridico abbiamo successione. Infatti la parola latina significa cedere sub, entrare sotto, cioè nel posto di un altro.

Ma in questo significato generale, la parola successione non è comunemente usata: invece si usa in un significato più stretto e più tecnico per denominare il sottentrare di una persona vivente nella posizione giuridica patrimoniale di una persona defunta. Col morire dell'uomo non si estinguono tutti i rapporti giuridici che gli appartenevano, questi sussistono, ma sussistono in quanto al defunto succede un'altra persona, giacchè non possono esservi diritti senza soggetto. Ora il sottentrare di una persona nella posizione giuridica patrimoniale che un defunto ebbe si chiama successione causa mortis per distinguerla dalla successione che può aver luogo tra vivi in forza di do-

nazione e di qualunque contratto traslativo di proprie=tà o di altro diritto.

Ma anche la successione causa mortis così intesa co=me sottentramento di una persona viva nei rapporti patrimoniali di una persona defunta, va distinta in due specie: successione a titolo universale e successione a titolo particolare.

La successione a titolo universale, notate, non può es=sere che successione causa mortis, mentre la succes=sione a titolo particolare può aver luogo per atto tra vivi e può aver luogo mortis causa.

La successione per atto tra vivi è sempre successio=ne a titolo particolare, a differenza di ciò che avve=niva nel diritto romano antico in cui anche per atti tra vivi potevasi avere successione a titolo uni=versale, come nel caso in cui avveniva il matri=monio cum manu, quando alcuno perdeva la li=bertà; o quando una famiglia passava a un'altra mediante l'adrogatio. Nel diritto nostro invece ca=si di successione universale, per atto tra vivi non esistono, sicchè tutte le successioni per atto tra vivi sono a titolo particolare, solo nelle successioni mortis causa possiamo trovare successioni a titolo univer=sale e successioni a titolo particolare.

Quando ha luogo la successione a titolo universa=le si dice che la persona ha l'eredità di un'al=tra persona, quindi la successione a titolo univer=sale ed eredità sono sinonimi. Ma qual'è il

concetto di eredità? Che si intende per eredità? Eredità in senso obbiettivo, guardata astraendo dal diritto che su di essa ha una persona non è, notate, il complesso, la somma dei diritti spettanti al successore del defunto. La somma, il complesso dei diritti patrimoniali di una persona si può trasmettere anche per atto tra vivi: una persona può donare tutto il suo patrimonio ad un'altra persona e ciò facendo si spoglia di tutti i suoi diritti, del diritto di proprietà, di usufrutto, di servitù, dei diritti di credito ecc in favore di un'altra persona la quale acquista tutti i diritti che appartenevano al donante; ma si ha con ciò successione a titolo universale? No, perchè diversa è l'essenza della successione universale. La eredità non consiste nella somma materiale di beni, ma è la unità intellettuale, astratta del patrimonio il quale comprende in sè i varî diritti. Che significa che la eredità è l'unità intellettuale dei rapporti patrimoniali e non già la totalità? Significa che l'eredità non è cosa corporale, o complesso di cose corporali, è una res incorporalis, è una cosa astratta, un ente fittizio creato dal diritto per scopi speciali, come vedremo; significa che la eredità esiste, ha consistenza giuridica anche quando non abbia alcun pratico contenuto. Se muore un pitocco e lascia dei figli, costoro possono considerarsi eredi, sebbene il pitocco morendo non abbia lasciato

nemmeno i cenci. Eredità è la unità dei rapporti pa=
trimoniali, possibili, eventuali appartenenti ad una
persona, ed è perciò che si dice che la eredità è una
universitas juris e non già una universitas facti, la qua=
le, come sappiamo è un complesso di cose materiali, e=
sistenti, mentre la universitas juris è l'unità creata
dal diritto. Questa unità può abbracciare più cose, può
essere anche vuota di contenuto, abbraccia attivo e pas=
sivo. ed eredità si ha anche se il passivo supera l'at=
tivo. Ecco che vuol dire eredità, cioè è una universi=
tas juris, è una unità intellettuale, astratta dei rap=
porti patrimoniali appartenenti a un defunto. Questo è
un concetto fittizio, un concetto tutto idealistico, me=
tafisico, non corrispondente alla realtà delle cose;
perchè in rerum natura, quando una persona
muore o lascia dei diritti oppure lascia dei de=
biti, oppure non lascia niente, nè diritti, nè debiti,
e quindi praticamente si dovrebbe dire che allora
c'è eredità quando c'è attivo, quando l'attivo supe=
ra il passivo, quando c'è qualche cosa che abbia va=
lore economico. Ma quando questo valore economico
non si ha, parlare di eredità, dati i concetti preva=
lenti nella vita pratica è assurdo, ma sia pure
assurdo questo è il concetto trapassato dal Diritto Ro=
mano nel diritto nostro. Quale la ragione della in=
troduzione di tale concetto? Vi è una ragione stori=
ca ed una ragione pratica. La ragione storica, secon=
do una autorevole opinione, è che alla morte di u=

na persona, si trasferiva in un'altra il diritto di sovranità sulla famiglia; onde l'eredità non era altro che tale sovranità, da cui poi dipendevano gli altri diritti anche di ordine patrimoniale; e quindi esisteva sempre anche se patrimonio non vi fosse. La ragione pratica è quella di fare trasmettere nell'erede i debiti del defunto. Se l'eredità si fosse concepita come l'insieme delle attività, l'erede avrebbe avuto tutti i diritti senza incorrere nella responsabilità dei debiti, o per lo meno nella responsabilità illimitata di essi. Un tale concetto introdotto dal diritto romano fu estraneo al diritto germanico consuetudinario il quale concepì l'eredità conformemente al concetto economico, cioè come l'insieme di diritti patrimoniali. In quanto al pagamento dei debiti, questo era considerato come un peso inerente alle cose stesse, cosicchè ne veniva la conseguenza che l'erede dovesse pagare sì i debiti, ma non ultra vires hereditatis, nè de aere proprio. In tal modo si salvavano i diritti dei creditori del defunto e d'altra parte lo erede non incorreva nella responsabilità ultra vires hereditatias, come può incorrere oggi, dato il concetto dell'eredità cioè come qualche cosa che prescinde dal contenuto materiale. Però il concetto romano metafisico e fittizio, di eredità, sebbene molto combattuto pure è passato perfino nel Cod. Civ. Germanico mentre i codici germanici precedenti seguivano l'antico diritto consuetudinario. Il Cod. Civ. Germanico moderno ha considerato anch'esso la eredità come un tutto,

come una unità la quale si trasmette dal defunto al=
l'erede. Però a differenza del nostro ha eliminato l'in=
conveniente grave che deriva da questo concetto, ossia la
responsabilità illimitata dell'erede. Per il Cod. Civ. Germa=
nico il principio generale è che la responsabilità dello ere=
de è limitata alle forze della eredità.
Un'altra differenza che passa tra il concetto romani=
stico dell'eredità ed il concetto germanico antico è que=
sto, che essendo la eredità un universum jus, una u=
nità ideale che prescinde dal contenuto materiale,
ne deriva la conseguenza, che non si poteva distingue=
re nel diritto romano, come non si può nel diritto no=
stro, una eredità di cose mobili ed una eredità di co=
se immobili, una eredità che comprende i beni pater=
ni ed una che comprende i beni materni, ecc; dal
momento che l'eredità sussiste come unità ideale,
non si potevano fare delle distinzioni relative al con=
tenuto materiale di essa. Invece le consuetudini fran=
cesi e germaniche considerando l'eredità come il complesso
di beni materiali ed effettivi, concepirono la eredità
come limitata ad una specie di beni, e si ebbero
tante eredità quante le specie di beni: s'aveva una
eredità di beni mobili ed una di beni immobili, u=
na eredità di beni originarî ed una di beni acquisi=
ti, ecc. Sebbene l'eredità sia unità astratta, ideale, me=
tafisica che prescinde dal contenuto materiale dei be=
ni, pure non bisogna credere che sia una unità in=
divisibile; è divisibile in quantochè lo stesso nomen ju=

ris può appartenere a più persone che sono chiamate a succedere al defunto. Quando più persone sono eredi di un'unica persona l'eredità può essere divisa tra di loro e allora si ha la divisione per quote ideali, per frazioni - un fenomeno simile a quello che si ha per la comproprietà. Quando più eredi sono chiamati a succedere ad una persona defunta, pur restando unica l'eredità, questa è divisibile, perchè ciascuno ha un diritto su una quota ereditaria e quindi ciascuna quota assume il carattere di universum jus, ciascuna quota costituisce a sua volta una unità ideale, cosicchè si hanno tante unità ideali quante sono le quote.

Definito così che significa eredità in senso obbiettivo, bisogna determinare che significa eredità in senso subbiettivo. E edità in senso subbiettivo non vuol dire altro che diritto spettante ad una persona sul patrimonio lasciato da un defunto, considerato come unità ideale. Però gravi sono le questioni che si fanno dagl'interpreti del diritto intorno al contenuto di questo diritto. In che esso consiste? Comunemente si dice che il diritto di eredità consiste nella continuazione della persona giuridica del defunto, nella rappresentanza della persona del defunto, di modo che l'erede sarebbe una stessa persona col defunto, oppure l'erede sarebbe il continuatore del defunto, oppure sarebbe il rappresentante del defunto. Queste sono le frasi che si incontrano in tutti gli autori dai più antichi ai moderni, i quali appunto in base a questi concet-

ti cercano di spiegare gli istituti del diritto di suc=
cessione.
- L'erede forma una sola persona col defunto; rappresen=
ta il defunto; continua la persona giuridica del de=
funto- la critica moderna ha rigettate queste frasi
perchè esse, vagliate rigorosamente, alla stregua dei prin=
cipî esprimono concetti falsi, assurdi- L'erede forma una
sola persona col defunto?- ma si sa che naturalmen=
te il defunto è una persona e l'erede un'altra. Non
si può di due persone farne una sola senza ricor=
rere ad una finzione che non trova alcun fondamen=
to nella legge.- L'erede continua la persona del defun=
to?- Ma questo concetto della continuità è anche sba=
gliato; trattandosi di due persone distinte non si può
dire che l'una continua l'altra: una persona sot=
tentra all'altra ma non la continua, e tanto me=
no continua la personalità del defunto, che è intra=
smissibile. L'erede rappresenta il defunto? Nemmeno,
perchè la rappresentanza si ha quando una perso=
na agisce in nome ed in luogo di un'altra, quan=
do una persona compie degli atti giuridici nell'in=
teresse altrui, di modo che il diritto che acquista
lo acquista per la persona rappresentata, come pure
le obbligazioni vanno a carico del rappresentato. In=
vece l'erede agisce in nome e per conto suo; tutti
i diritti che acquista sono diritti suoi, tutte le obbli=
gazioni che assume sono sue; il concetto della rap=
presentanza è quindi assurdo. Volete ancora vedere

praticamente che questi concetti sono sbagliati? Se l'erede fosse il continuatore della persona giuridica del defunto, fosse una sola cosa col defunto, ne fosse il rappresentante, ne dovrebbe essere il continuatore, dovrebbe rappresentarlo in tutti i diritti- Mettiamo che il defunto avesse dei diritti publici, politici, personalissimi, questi avrebbero poter essere esercitati dallo erede, posto che egli fosse una sola cosa col defunto o lo rappresentasse. Invece i diritti che si trasmettono all'erede sono quelli di ordine patrimoniale, quindi i diritti personali, pubblici, politici non si trasmettono allo erede; anzi tra gli stessi diritti patrimoniali se ne sono molti che non si trasmettono, perchè di loro natura inerenti ad una determinata persona: il diritto di usufrutto non si trasmette all'erede eppure è un diritto che può essere esercitato da una persona in rappresentanza di un'altra. Parimenti certe obbligazioni non si trasmettono, perché personali, così se Tizio ha l'obbligo degli alimenti derivante dalla legge, morendo, quest'obbligazione non si trasmette agli eredi, perchè obbligazione personale. Perciò i concetti della continuazione, dell'unità della persona giuridica, della rappresentanza sono concetti che valutati al lume dei principî e delle conseguenze pratiche si debbono rigettare. Però non bisogna essere esagerati molto nella critica; sono da rigettare se si vogliono prendere nel significato loro vero e proprio, ma se si usano in un senso metaforico, come frasi pittore-

sche, per esprimere il fatto reale che l'erede sottentra nel=
la stessa condizione giuridica patrimoniale del defunto,
sono frasi che possono passare purchè non si dimentichi
quale sia il loro valore intrinseco. Sicchè la vera essenza
del diritto ereditario non consiste nel continuare, o rap=
presentare il defunto, ma nel sottentrare nella posizione
giuridica patrimoniale del defunto; cioè l'erede prende lo
stesso posto che il defunto ebbe in vita in rapporto al
patrimonio. In sostanza il concetto di successione, nel sen=
so di successione ereditaria, non è sostanzialmente di=
verso da quello di successione a titolo particolare: si
ha successione a titolo particolare quando una persona
sottentra nello stesso posto che aveva il dante causa
in rapporto ad un determinato rapporto giuridico; quan=
do invece la successione è universale il successore en=
tra nella posizione giuridica del defunto in riguardo
a tutto il patrimonio, e non soltanto rispetto a deter=
minati rapporti. Ciò posto, di che natura è il diritto
ereditario? È un diritto di proprietà, è un diritto rea=
le sui generis, oppure è un diritto personale? Alcu=
ni hanno detto: il diritto ereditario subbiettivo è un
diritto di proprietà sulla eredità, ed in questa opinio=
ne han trovato appoggio in alcune frasi che si tro=
vano nelle fonti romane. Questo concetto è antigiuri=
dico. Il diritto di proprietà non può cadere che su
cose corporali, mentre l'eredità è una res incorpora=
lis, è un'entità astratta, che può non avere alcun
contenuto economico; e per la stessa ragione non può

riguardarsi come un diritto reale sui generis. Per ben determinare la natura del diritto ereditario, bisogna di=stinguere i varî sensi in cui si prende questa frase. Se si parla del diritto ereditario prima di acquistare l'eredità, allora il diritto ereditario è diritto ad acqui=starla, è diritto di natura personale, è l'esplicazione della libertà umana, della volontà umana posto che per l'acquisto occorre l'accettazione. Invece acquistata de=finitivamente la eredità, allora la parola diritto eredita=rio si può prendere in due sensi distinti. Se dico: io posseggo questo fondo per diritto ereditario, la espressione diritto ereditario ha il valore di titolo ereditario. Si può prendere in altro senso, quando si vuole tutelare o rivendicare il diritto ereditario, ed allora è la con=dizione giuridica speciale fatta dalla legge all'erede. Il diritto ereditario rassomiglia ai diritti di stato, come alcuno ha diritto di essere figlio, marito, moglie, tuto=re, così c'è anche il diritto d'essere erede, di avere la qualità di erede, di fruire di tutti i vantaggi di questa qualità. In questo senso il diritto ereditario si può rassomigliare ad un diritto di Stato, e come tale è tutelato da un'azione speciale, detta azio=ne di petizione di eredità, esperibile erga omnes. Fu questa considerazione che trasse molti autori a ritenere che il diritto ereditario fosse reale; perchè po=tendosi l'azione relativa esperimentare contro chiun=que neghi la qualità di erede, ha lo stesso carattere delle azioni reali, e vuol dire quindi che il di=

ritto corrispondente è un diritto reale. Il ragionamento è falso perchè non soltanto le azioni rispondenti ai diritti reali sono quelle che hanno un valore erga omnes; ci sono molte azioni, che pur non essendo reali, si possono esperire contro chiunque; tali sono per esempio le azioni di stato, le azioni per tutelare il proprio nome, la propria dignità, i titoli di nobiltà, ecc. Onde dal fatto che vediamo la qualità di erede esser garentita da un'azione esperibile erga omnes, non possiamo argomentare senz'altro che sia diritto reale; ma sì che è un diritto di natura assoluta, non relativa ad una determinata persona. diritto che si può sperimentare contro tutti, come il diritto ad un determinato stato personale, o a una data qualità.

Così abbiamo parlato brevemente del concetto di successione a titolo universale, ossia eredità. Ora dobbiamo dare il concetto della successione a titolo particolare o legato.

La successione a titolo particolare causa mortis non differisce in nulla dalla successione che si ha per atto tra vivi; che si ha quando una persona sottentra in un determinato rapporto patrimoniale che prima apparteneva al defunto. La successione a titolo particolare differisce dall'ereditaria in questo: che mentre la eredità è successione in universum jus, invece quella a titolo particolare è successione di un rapporto concreto determinato. La conseguenza pratica è che mentre nel successore a titolo universale, ossia

nell'erede, si trasmettono non solo tutte le attività patrimoniali, ma anche le passività, invece quando la successione è a titolo particolare, siccome si succede in un determinato rapporto o in più determinati rapporti, si hanno le stesse conseguenze che nella successione per atto tra vivi. Perciò non è tenuto il legatario a pagare i debiti, ed anche quando ci sia l'obbligo speciale imposto dalla legge o dal testamento di pagare certi debiti, l'obbligo di pagare è sempre limitato a ciò che si è ricevuto. Ma come si fa a distinguere se in un caso si abbia successione a titolo universale oppure a titolo particolare? Come si fa a distinguere, specialmente nel caso di successione testamentaria se le persone chiamate nel testamento siano eredi o legatari? Il codice stesso offre il criterio di distinzione, criterio obbiettivo, certo, sicuro, che non bisogna dimenticare. Art° 760 C.C. Il criterio è: « se alcuno è chiamato a tutti i beni o a una quota parte di essi è erede, se non è chiamato nè alla universalità dei beni, nè ad una quota parte, è legatario.» Quando vedo che Tizio è chiamato ad avere tutti i beni appartenenti al defunto, e succede in tutto il patrimonio del defunto, non c'è dubbio, è erede. Ma che diremo se costui, è chiamato dal testamento o dalla legge ad avere, la decima, la ventesima, la centesima parte del patrimonio o anche poniamo la milionesima? In tali casi si dovrà dire che trattasi anche di un erede, perchè non bisogna confondere il successore a titolo universale con

l'erede universale. Successori a titolo universale sono non solo gli eredi universali, ma anche gli eredi parziali. Quando si dice erede universale, la parola universale si usa in senso volgare, ossia nel senso di totalità di beni materiali. Quando si dice successore a titolo universale, la parola universale si usa in senso giuridico, cioè nel senso di unità astratta, e noi abbiamo visto che l'unità ideale astratta non comprende soltanto la totalità dei beni del defunto, ma può comprendere una quota parte. Per quota parte bisogna poi intendere una frazione aritmetica di un tutto, una parte da cui si desume a prima vista quale è l'entità del tutto. Quando dico un terzo del patrimonio di Tizio, significa che il patrimonio è tre volte la porzione che spetta a Tizio. A tale proposito s'ha quistione importante, risolta male dagli autori italiani che hanno seguito ciecamente gli autori francesi; se alcuno è chiamato dal testamento a godere di tutti i beni immobili del defunto, o di tutti i beni mobili, o di tutti i crediti, o di una quota dei beni mobili, o di una quota dei beni immobili, ecc; costui è erede o legatario? Gli autori quasi tutti, dicono che è erede, in quanto è chiamato in tutti i beni immobili, in tutti i beni mobili, in tutti i crediti, o in una quota parte dei beni immobili, o dei beni mobili, o dei crediti. Costui invece per la nostra legge, è legatario, non erede. Perchè? Perchè per essere erede bisogna succedere nella unità

ideale del patrimonio che prescinde dal contenuto materiale. Quando dico: ti lascio tutti i beni immobili, significa che ti lascio quelle determinate cose, non la unità ideale; quando dico ti lascio tutti i crediti, significa che non ti lascio l'universum jus, l'unità ideale, ma una cosa materiale concreta. Quindi non si ha nè successione nella universalità dei beni, nè successione in una quota parte di questa unità ideale; ma successione in una porzione materiale di beni, o in tutti i beni determinati materialmente in modo concreto, avuto riguardo alla loro natura. L'eredità invece giusta ciò che abbiamo detto non è immobiliare, nè mobiliare.

Su che si fonda l'errore degli autori italiani? Sull'autorità degli scrittori francesi che dicono così. Però costoro hanno ragione, in quanto il codice francese ha un diverso concetto dell'eredità. Pel codice francese si chiamano successori a titolo universale non solo coloro che sono chiamati a godere della universalità del patrimonio o di una quota parte di esso, ma anche coloro che sono chiamati a godere tutti i beni mobili od immobili, tutti i crediti od una quota parte di questi. Ma questa disposizione tassativa della legge francese, fu eliminata dal nostro codice. Perchè? Perchè il codice nostro a differenza del francese non ha voluto seguire il concetto delle consuetudini francesi per le quali la eredità non si concepiva come universum jus, ma

piuttosto come aggregato, come complesso di beni; ci erano tante eredità quante specie di beni e così si aveva l'eredità di beni immobili, l'eredità di beni mobili, l'eredità dei crediti. Quindi il codice francese, seguendo questo concetto, chiama successore universale non solo colui che è chiamato a godere della totalità, ma anche di una parte di beni immobili, mobili o crediti. Ma essendo mutato il concetto di eredità nel codice nostro, evidentemente non si possono seguire le orme degli autori francesi. Per noi è legatario o successore a titolo particolare, chiunque non sia chiamato nella totalità dei beni o in una quota parte di essi, in modo tale che chi è chiamato a succedere in tutti i beni mobili o immobili, o in una quota parte di essi è sempre legatario. Queste considerazioni sono praticamente importanti, perchè molte volte nei testamenti si chiama erede la persona alla quale si danno certi determinati beni e legatario colui al quale si attribuisce una quota parte del patrimonio. Così si possono trovare le seguenti frasi improprie Chiamo erede in tutti i miei beni immobili Tizio oppure: lego a Sempronio la quarta parte del mio patrimonio. Qui chi è chiamato erede è legatario e viceversa.

A questo proposito giova notare la differenza del criterio distintivo tra erede e legatario che passa tra il diritto nostro e il diritto romano. Nel

diritto romano il criterio di distinzione era l'appellativo di erede che si dava dal testatore; erede era colui che così veniva chiamato dal testamento anche quando fosse istituito ex re certa. Per es: Chiamo Tizio erede del fondo A. Questo era erede. Invece se il testatore diceva: Tizio sia erede, però egli avrà l'obbligo di dividere il patrimonio per metà con Caio mentre Caio secondo il diritto nostro sarebbe pure erede, secondo il diritto romano era pure legatario. Così per il diritto romano prevaleva il criterio del nome; chi aveva il titolo di erede aveva per conseguenza la successione universale, ancorchè fosse stato istituito in una cosa sola. Nel nostro codice non è così, come abbiamo visto dalla lettura dell'art° 760, non è il nome di erede che attribuisce la qualità di successore universale, ma, viceversa, la qualità di erede per il diritto nostro è conseguenza e dipendenza dell'attribuzione dell'universum jus.

Ancora bisogna completare meglio il concetto che per essere erede bisogna avere o tutto il patrimonio o una quota parte. Che diremo quando alcuno è istituito usufruttuario di tutto il patrimonio o di una quota parte? Tanto per testamento, come per legge si può avere l'usufrutto del patrimonio ereditario, come nel caso del coniuge superstite che è chiamato per legge ad avere una quota parte dell'usufrutto. In questi

casi si può parlare di erede oppur no? Anche qui gli autori sono impacciati, anzi molti ritengono che in questi casi ci troviamo di fronte ad un erede. Essi si fermano alla lettera della legge, in quanto credono che ove alcuno è chiamato all'usufrutto del patrimonio o di una quota parte sottentri nell'universum jus, in questa unità ideale, perchè la legge dicendo che è disposizione a titolo universale quella che attribuisce il patrimonio o una quota, non distingue se a titolo di proprietà o di usufrutto. Ma questo è inesatto perchè con la successione nell'usufrutto di un intero patrimonio o di una quota si acquista un solo diritto quale è quello dell'usufrutto, non tutti i diritti spettanti al defunto, ciò che necessariamente consegue dalla successione universale. Invece per essere erede, come abbiamo dimostrato, bisogna essere chiamato in modo da conseguire tutti i diritti possibili ed immaginabili che spettano al defunto altrimenti non si può dire che il successore ha preso la stessa posizione giuridica del defunto. Ond'è chiaro che se si sottentra al defunto solo in un rapporto patrimoniale, qual'è l'usufrutto, sia pure che questo abbia per oggetto tutto il patrimonio o una quota parte, non si ha la qualità di erede, ma di legatario. Il che poi viene anche meglio confermato dalla considerazione che essendo perpetua la qualità di erede (semel haeres, semper haeres) questa non è compatibile, per la contraddizione che nol consente, colla qualità di usufruttario, giac-

che l'usufrutto è un diritto essenzialmente temporaneo.

Messo così in rilievo qual'è il criterio legislativo per distinguere i concetti di eredità e di legato, e quindi di erede e legatario, non sarà inopportuno aggiungere poche parole per meglio caratterizzare l'indole del legato.

Il legato, sebbene comunemente si consideri come una successione a titolo particolare, pure non sempre implica successione, e anche quando importa successione, non sempre è successione, in senso giuridico, al defunto. Invero non implica successione nel caso in cui il testatore rimetta un debito al suo debitore, o quando egli riconosca un suo debito verso il proprio creditore, o quando lo erede è incaricato di fare qualche opera o di astenersi dal farla a vantaggio di un terzo. Queste e simiglianti disposizioni non importano certo successione, dacchè nessun diritto trapassa dal testatore nel legatario; eppure saranno certamente compresi sotto il nome di legato. Può accadere ancora che il testatore obblighi l'erede a prestare una data cosa ad un terzo, a costituirgli una servitù, a concedere un'ipoteca: in tali casi v'è successione, ma il rapporto successorio non si stabilisce tra legatario e defunto, ma tra legatario e erede. Dunque anche questa è un'altra differenza, sebbene secondaria, che v'è tra il concetto di eredità e di legato: eredità importa sempre e necessariamente successione e successione al defunto: il legato non sempre.

Però anche il legato, al pari dell'eredità, non si può considerare sempre come una liberalità, dimodochè può aversi un legato valido, anche se il legatario non venga a fare nessun lucro, come nel caso che al legato sia opposto un modus del cui adempimento occorrano spese che assorbano l'intero valore della cosa legata. Ciò è negato dai più che considerano il legato come una specie di donazione: ma questo è confondere ciò che è normale, con ciò ch'è essenziale. Ordinariamente suole avvenire che il legato sia ispirato da animo di liberalità, e quindi importi un lucro: ma ciò non è essenziale al concetto di legato. Infatti la legge in nessun luogo dice pel legato, come invece dice per la donazione (art° 1050), ch'esso costituisca una liberalità. In secondo luogo essa determina il concetto del legato in modo affatto negativo; cioè tutte le disposizioni che non comprendono il patrimonio o una quota parte di esso, sono a titolo particolare e conferiscono la qualità di legatario (art° 760 cap) Ora un tale concetto negativo, epperò molto indeterminato, trova senza difficoltà applicazione anche a quelle disposizioni che non importano alcuna liberalità. Finalmente un altro argomento in favore dell'opinione da noi seguita si trova nell'art° 845 in cui si dispone che « se il testatore senza fare menzione del suo debito, fa un legato al suo creditore, il legato non si presume fatto per pagare il debito ». Il che vuol dire che se il testatore facendo menzione del suo debito, fa un legato al suo creditore que=

sto legato s'intende fatto per pagare il debito: oppure anche se non abbia fatto menzione del debito, si può provare che il legato fu fatto per pagare il debito. Ora tanto in un caso che nell'altro, seguendo la terminologia della legge, si ha un legato fatto per pagare un debito, cioè un legato che non è punto liberalità. Cosicchè dall'articolo citato emerge come la liberalità vada normalmente congiunta al legato, ma non ne costituisca l'essenza; epperciò nell'ipotesi ivi configurata, la legge presume soltanto la liberalità, o per meglio dire, non presume la mancanza di liberalità. Per tale riguardo l'eredità e il legato si somigliano; si ha eredità come si ha legato, anche se l'erede o il legatario non ricevano nessun vantaggio, nessun lucro.
Infine per un altro riguardo legato e crediti si somigliano: perchè anche il legato, come l'eredità, può aver causa non solo nella volontà dell'uomo (testamento), ma anche nella legge: come s'ha eredità leggittima ed eredità testamentaria, così vi sono legati testamentarî (e sono più comuni), e legati leggittimi, o ex lege. Il concetto di legati ex lege, sebbene sconosciuto in generale ai nostri civilisti, pure non è estraneo al Diritto romano (1) dove si trovano molti esempî di legati legittimi: in ogni modo, stante il concetto del legato, da noi accolto, è chiaro che l'attribuzione di una quota di usufrutto fatta in certi casi dalla legge al coniuge superstite, non può importare la qualità di erede, sì quella di legatario soltanto. E

(1) Tali erano: la quarta Divi Pii dovuta dagli eredi dell'adrogator in favore dell'impubere emancipato senza giusta causa; la quarta uxoria in favore della moglie povera, ecc..

infine non bisogna dimenticare che la disposizione dell'ar=ticº 760, sebbene collocata sotto la rubrica delle successioni te=stamentarie, stabilendo un criterio obbiettivo di distinzione tra erede e legatario, ha un valore generale: come vale an=che per le successioni leggittime per ciò che concerne la de=terminazione del concetto di eredità, così deve valere anche per il legato.

Lezione IIª

Sommario

Apertura della successione - Devoluzione - Presupposti della successione 1°) Morte di una persona - Prova - Commorienza - Assenza - Estinzione delle persone giuridiche: la loro eredità -

Dopo aver determinato il concetto generale della eredità e del legato, passiamo a parlare dell'apertura e della devoluzione della eredità. Su ciò poche parole.

Che cosa significano queste frasi apertura di eredità, devoluzione di eredita? Sono frasi, notate, quasi sinonime; soltanto accentuano un concetto piuttosto che un altro. Apertura di eredità non significa altro che l'avverarsi di quel fatto giuridico che produce la successione, cioè l'avverarsi della morte di una persona, perchè il fatto giuridico che produce la successione ereditaria, non è altro che la morte di una persona. Invece devoluzione di eredità significa attribuzione del diritto successorio ad una data persona sopravvivente. Come vedete le due idee sono connesse intimamente, l'eredità di regola si devolve quando è aperta; appena ha luogo l'apertura dell'eredità ha luogo anche la devoluzione. In fondo il concetto è unico. Per aversi il concetto di successione ereditaria si richiedono due elementi: la morte di una persona e la esistenza di un'altra chiamata a succedere; quando si ha riguardo al primo elemento, cioè la morte di una persona, si dice che si ha l'aper-

tura della eredità: quando si ha riguardo al secondo, cioè l'e=
sistenza di una persona chiamata a succedere ad un'altra,
si parla di devoluzione di eredità. Nelle fonti romane non
si trova la frase "apertura di eredità" invece si trova una
frase corrispondente a quella di "devoluzione di eredità". Infatti
i Romani dicevano "delata hereditas" "hereditas defertur" per in=
dicare il fatto della delazione o devoluzione ereditaria; solo non
si trova la frase "delatio hereditatis" Che intendevano i Ro=
mani per delata hereditas? Lo dicono gli stessi giureconsul=
ti: intendevano eredità deferita, devoluta, quella che alcuno
può coll'accettazione conseguire, esprimevano così lo stesso concet=
to espresso dalla nostra frase "devoluzione di eredità" cioè attri=
buzione del diritto successorio ad una determinata persona. I
due concetti di apertura e devoluzione di eredità, abbiamo detto
in fondo coincidono, ma si fa una questione, se cioè la devo=
luzione avvenga sempre nello stesso momento in cui avvie=
ne la apertura della eredità oppur no. Alcuni dicono che
sempre la devoluzione ha luogo nello stesso momento in cui
ha luogo l'apertura; altri invece notano che questa è u=
na regola generale, ma può in molti casi avvenire il
contrario. potendo accadere che la devoluzione non si avve=
ri nello stesso tempo dell'apertura dell'eredità - Esempio: E'
morto un tale che ha lasciato erede un Tizio sotto con=
dizione sospensiva. La condizione si avvera molto tempo dopo
la morte, sicchè ne segue che solo quando si avvera la con=
dizione, cioè in tempo posteriore all'apertura si può dire
che la devoluzione abbia luogo, cioè abbia luogo l'attribuzio=
ne del diritto successorio. Quindi c'è distacco tra il tem=

po dell'apertura ed il tempo della devoluzione. Altro caso: Tizio lascia dei figli senza far testamento. I figli sarebbero i soli eredi; però essi rinunziano alla eredità, e si rinunziano quattro, cinque, sei anni dopo l'apertura della successione. Allora che accade? Per legge in luogo dei rinunzianti, succedono i parenti di grado ulteriore, mettiamo si siano parenti di terzo o quarto grado. Ora in qual tempo si avvera la devoluzione della eredità rispetto a costoro che succedono in luogo dei rinunzianti? Molto tempo dopo dell' apertura e precisamente quando si avvera la rinunzia. Ecco, si dice, come non si può sostenere che sempre coincida il tempo dell' apertura dell' eredità col tempo della devoluzione. Altri dicono: no, questa opinione è sbagliata, perchè anche quando la devoluzione apparentemente ha luogo in tempo posteriore all' apertura, siccome chi acquista l' eredità si reputa averla acquistata fin dal momento in cui ha avuto luogo la morte del de cuius, ecco come la devoluzione anche a favore di coloro in rispetto ai quali è stata posta una condizione o che si succedono per la rinunzia dei primi chiamati, ha luogo nel tempo stesso dell' apertura: altrimenti pensando, si verrebbe ad ammettere l' assurdo che alcuno possa essere reputato erede per quel tempo in cui non aveva ancora il diritto di essere, mancando la devoluzione. Talchè, si deve ritenere che la devoluzione si avveri sempre nel tempo stesso dell' apertura, sebbene non sempre in modo definitivo, ma spesso, come negli esempi indicati, sotto condizione sospensiva. Questa è, secondo noi quistione bizantina, perchè o si ritiene che la devoluzione ha sempre luogo nel tempo stesso dell' aper-

tura dell' eredità, oppure si ritiene che ha luogo nel tempo posteriore all'apertura, le conseguenze pratiche rimangono invariate. L'erede sarà sempre erede fin dal momento della morte di colui al quale succede. Non solo, ma, ciò che è più, per determinare la capacità a succedere, bisogna aver sempre riguardo al tempo dell' apertura, anche se si ritenga che la devoluzione avvenga dopo, come nel caso di rinunzia dei primi chiamati.

In che tempo s'avvera l'apertura dell'eredità e in che luogo? L'apertura dell' eredità si avvera nel tempo della morte di una persona, e nel luogo stesso dell' ultimo domicilio del defunto. Questo è detto espressamente nell' art° 923 del Cod. Civ. Badate che per ultimo domicilio del defunto non deve intendersi il domicilio di fatto, ma il domicilio iuris, cioè il domicilio nel senso tecnico- la sede legale di una persona, cioè quel luogo in cui uno abbia tutti i suoi rapporti giuridici o la somma dei rapporti giuridici-; nei casi ordinarî, o nel luogo in cui il defunto aveva il domicilio necessario, se si tratta di successione di un minore non emancipato, di interdetto, di donna maritata, cioè nel domicilio del genitore che esercitava la patria potestà, del tutore o del marito, secondo le varie ipotesi (art° 18 C.C.) Quindi benissimo può darsi che una persona abbia avuto la residenza oppure la dimora in luogo diverso dal domicilio, eppure, anche quando sia morto nella residenza o nel luogo della dimora, l' apertura dell' eredità non avviene nel luogo dove la morte è seguita, ma nel luogo dell' ultimo domicilio. Questo è il criterio accolto dalla legge nell' articolo 923 ed applicato dal

codice di procedura civile nell'art° 94 per il quale la maggior parte delle azioni le quali si riferiscono alla successione debbono sperimentarsi davanti al magistrato dell'ultimo domicilio del defunto, perchè quello è il luogo in cui si apre la successione...(Intorno a quest'articolo sono sorte gravi questioni specialmente per quello che riguarda lo straniero. Non mi intratterrò su di esse.)

Quali sono i presupposti dell'apertura e della devoluzione di eredità? Sono tre: 1° Morte di una persona; 2° Esistenza di un'altra persona chiamata a succedere; 3° Vocazione ereditaria.

Incominciamo dal primo presupposto, cioè dal requisito della morte di una persona. Anzitutto è bene ricordare che la persona che muore si chiama comunemente de cuius, frase barbara introdotta in tempi medioevali e che costituisce una proposizione ellittica equivalente a « is de cuius hereditate agitur». A questa frase se ne può sostituire un'altra, come per es: la parola autore della successione, defunto.

Il diritto romano oltre la morte richiedeva un altro requisito; in quanto la persona morta doveva essere capace di avere eredi. Non con la morte di ciascuna persona si apriva l'eredità ma solo con la morte di quelle persone capaci di avere eredi sia leggittimi che testamentarî. Quando moriva uno schiavo, non aveva luogo l'apertura della successione, come pure non dava luogo ad apertura di successione la morte dello straniero e del condannato a certe pene. A queste incapacità, nel medio evo se ne aggiunse un'altra quella derivante dai voti monastici. Nel

diritto nostro non si trovano queste limitazioni; basta che u=
na persona muoia, perchè si apra la successione, perchè ognuno
è capace di avere eredi: anche il condannato all'ergastolo
è capace di avere eredi, non può avere eredi testamenta=
ri soltanto, ma può avere eredi legittimi. Insomma per il
nostro diritto tutti quelli che muoiono, sono capaci di suc=
cessione passiva.
Essendo la morte un presupposto dell'apertura della succes=
sione bisogna che sia provata da chi pretende dei diritti
successorii, perchè la morte appunto è quel fatto giuridico
da cui derivano tutti i diritti successorii e per principio
generale chiunque pretende un diritto deve provarne il
fondamento.
Come si deve fare la prova della morte? Si può fare co=
gli estratti dai registri dello Stato Civile, e quando tali re=
gistri manchino perchè distrutti o per altra ragione, la
prova si potrà fare in qualsiasi modo, anche con testi=
monianza, con perizia medica, ecc.- La questione importan=
te rispetto alla prova sorge, quando più persone di cui
l'una è chiamata alla successione dell'altra, siano mor=
te a causa dello stesso infortunio; come un terremoto, in=
cendio, ecc; oppure nello stesso giorno; ma dai registri dello
stato civile non risulti l'ora della morte. In tali casi
gli eredi della persona che aveva diritto alla successione del=
l'altra hanno interesse a dimostrare che il loro autore
è morto dopo, perchè facendo questa dimostrazione vengono
a provare che i diritti successorii di quella persona sono
passati al loro autore e quindi sono passati per conseguen

ra a loro. Molte volte però la prova della premorienza è perfettamente inutile come nel caso che due persone chiamate a succedere tra loro abbiano lo stesso ed unico erede: muoiono padre e madre nello stesso infortunio, i figli hanno forse interesse di provare che la madre è morta prima del padre o viceversa? No perchè sempre loro sono gli eredi. Ma suppongasi un altro caso: sono morti nello stesso infortunio la madre e il figlio unico, in modo che resta il padre e marito rispettivo, più i parenti della donna morta. Se muore prima la madre e poi il figlio, tutta la eredità della madre è passata al figlio e quindi al padre. Il coniuge superstite in tal caso ha diritto ad avere tutto il patrimonio. Invece se il figlio è morto prima della madre, evidentemente il patrimonio della madre non è passato al figlio e quindi il coniuge superstite potrà pretendere la quota che gli spetta per legge, in tale qualità, non già l'intero patrimonio come nel primo caso, perchè insieme con lui avran diritto all'eredità i parenti della moglie, posto che siano non al di là del 6° grado. Su questo e in simili casi sorge l'interesse di provare chi dei due è morto prima. Come si fa questa prova? Si può fare con tutti i mezzi: se ci sono testimonî che hanno visto chi dei due è morto prima, basterà la prova testimoniale, altrimenti si può ricorrere anche alla perizia medica. Ma che si dovrà ritenere quando mezzi di prova concludente manchino addirittura? Il diritto romano stabilì una presunzione Mentre in generale si ritenne che non facendosi la

nova niente si poteva conchiudere in favore di chi fondas=
se il suo diritto sulla premorienza di una persona ad una
altra, si fece eccezione pel caso del padre e del figlio mor=
ti contemporaneamente e nello stesso infortunio. Se il fi=
glio era impubere, si presumeva che il padre fosse morto
dopo il figlio, perchè il figlio impubere avendo un'età più
tenera, un organismo più delicato, non essendo abituato ai
mali come il genitore, si può pensare che abbia resistito
meno alla morte. Invece se il figlio era pubere si pre=
sumeva il contrario, perchè il figlio pubere nel vigore delle
sue forze, ha maggiore energia, maggiore resistenza ai mali
che un uomo adulto vicino alla vecchiaia. Questa sola
presunzione ammise il diritto romano. Nel Medio Evo
i pratici ne aggiunsero molte altre e parecchie ne ha
anche il codice francese. Il nostro codice ha tagliato cor=
to, non ammette presunzioni di sorta intorno alla com=
morienza: se due o più persone di cui l'una è chiama=
ta alla successione dell'altra, muoiono contemporanea=
mente di modo che non si possa dare la prova che u=
no sia morto prima dell'altro, la legge dice si presu=
me che siano morti tutti e due nello stesso momen=
to. Quindi chi vanta un diritto basandosi sulla pre=
morienza di una di queste due persone, non può
conseguire il diritto perchè non adduce alcuna prova.
Ciò è sancito nello art° 924 C.C. Esaminiamo questo ar=
ticolo, che da luogo a qualche quistione. Prima di tut=
to bisogna notare che l'art° fà l'ipotesi di due o
più persone ciascuna delle quali ha diritto alla

successione dell'altra come nel caso del padre e del figlio; il padre ha diritto alla successione del figlio e vice=versa. Lo stesso avviene nel caso del marito e della moglie in quanto ciascuno di questi ha diritto alla successione dell'altra. Quindi, ripeto, il codice fa il caso di persone chia=mate reciprocamente a succedersi. Ma cosa deve dirsi nel caso in cui muoiono contemporaneamente persone che non siano chiamate reciprocamente a succedersi, ma soltanto una è chiamata a succedere all'altra? Il caso più co=mune è quello di successione testamentaria. Tizio ha istituito Caio erede. Tizio testatore e Caio erede muoio=no contemporaneamente: si applica o no l'art° 924? La lettera della legge pare che escluda questa ipotesi perchè Tizio e Caio non sono chiamati reciprocamente a succedersi, in quanto il testatore non ha diritto a succedere all'erede istituto. Il Laurent volle perciò so=stenere che la disposizione sancita nell'articolo 924 non si applica al caso della successione testamentaria. Ma, secondo noi, tale opinione è errata, specie secondo il nostro diritto, per queste ragioni: anzitutto il nostro co=dice a differenza del codice Napoleone, non mette quella disposizione solo in riguardo alla successione legittima, ma sotto la rubrica delle disposizioni co=muni alle successioni legittime e testamentaria. Se l'articolo 924 occupa questo posto, deve potersi applica=re anche alla successione testamentaria. Ora nella suc=cessione testamentaria si verifica appunto il caso che due persone non sono chiamate a succedersi recipro=

camente, ma soltanto una ha diritto alla successione dell'altra. Inoltre una seconda ragione è questa. Il Laurent dice: nell'art° 924 si presume che due persone siano morte contemporaneamente, ancorchè effettivamente ciò non sia accaduto: or bene se le presunzioni hanno valore di disposizioni eccezionali e quindi non possono estendersi per analogia dal caso contemplato a quello non contemplato; e d'altra parte il codice all'art° 924 prevede solo il caso che muoiano più persone chiamate reciprocamente a succedersi, e non contempla l'altro caso; evidentemente gli interpreti nell'estendere quello articolo al caso non contemplato commettono un grave errore. Ma noi diciamo, che il nostro codice non segua una vera presunzione in quest'articolo; vi sono le parvenze della presunzione, ma non v'è la sostanza. Infatti che fa il nostro codice quando dice che si presume la morte contemporanea, forse fa un'eccezione ai principî generali del sistema probatorio? Se così fosse, si avrebbe veramente una presunzione, perchè la presunzione è quella disposizione che fa eccezione ai principî generali intorno all'onere della prova. Invece il nostro codice: fa un'applicazione pura e semplice del principio generale del sistema probatorio, principio che si può formulare così: « Chiunque non prova il fondamento del suo diritto non riesce vincitore, è come se non avesse il diritto». È la stessa cosa nel campo giuridico non avere diritti, od avendoli non poterli provare. Se la legge dice: chi pretende il diritto di successio=

ne, bisogna che provi la premorienza di una persona sull'altra, qualora questa prova non riesca, non si ha il diritto. Ciò posto è evidente come quest'art° si debba estendere al caso di successione testamentaria, non solo, ma si debba anche applicare ai casi in cui non si tratti di diritto di successione, cioè a tutti quei casi in cui una persona pretende un diritto che dipende dalla premorienza d'una persona ad un'altra. Così; per es. supponiamo che una persona abbia donato qualche cosa colla condizione della reversibilità, nel caso che egli sopravviva al donatario. Donante e donatario muoiono nello stesso infortunio; non si sa chi sia morto prima. Qui come si vede non si tratta di successione, si tratta di reversibilità della donazione. Gli eredi del donante pretendono di avere ereditato anche la cosa donata, ma per far valere questo lor diritto debbono provare la premorienza del donatario al donante. Non riuscendo in questa prova l'art° 924 avrà anche qui applicazione, e ciò perchè esso costituisce un principio di ordine generale.

Passiamo ad un'altra osservazione sull'art° 924. Comunemente gli autori, quando spiegano la teoria della commorienza, prevedono l'ipotesi dell'infortunio. Ora bisogna ricordare che l'ipotesi dell'infortunio è la più ordinaria - id quod plerumque accidit - ma possono darsi altri casi. Due persone che si trovano una in America e l'altra in Italia, muoiono serenamente nei propri letti, ove per una combinazione strana muoiono nello stesso giorno. Se dai registri dello stato civile Italiano e da quelli dello stato Americano, risulta l'ora e il minuto in cui sono morte, dalla diversità delle indicazioni si potrà vedere chi è morto prima. Supponiamo che nei registri

dello stato civile Americano non risulti altro che il giorno della morte, e non risulti l'ora, si potrà produrre la prova testimoniale, e riccorrere a tutti i mezzi di prova per stabilire la premorienza dell'uno all'altro: ma se la prova della premorienza non possa farsi, anche allora si applicherà la disposizione dell'art° 924. La nostra legge, a differenza delle leggi anteriore non parla di morte per lo stesso infortunio; non c'è bisogno che si verifichi questa circostanza, perchè si applichi il principio dell'art° 924. Abbiamo detto che la nostra legge rispetto alla commorienza non mette alcuna presunzione; ma si è fatta quistione fra gli autori se quelle che anticamente erano presunzioni di diritto, derivate dal sesso, dall'età, ecc, possono valere, da noi, almeno come presunzione di fatto. Sono morti insieme il padre e il figlio in tenera età; si domanda: si può presumere in via di fatto, non già per presunzione di diritto, che il bambino come più debole sia morto prima? Alcuni hanno detto si, altri no; ma tanto gli uni che gli altri sono in errore. Quelle che prima erano presunzioni di diritto non possono valere sic et simpliciter come presunzioni di fatto; d'altra parte non può dirsi che quelle presumptiones juris non debbono avere oggi, nemmeno in via di fatto, qualsiasi valore; dacchè la prova della premorienza si può dare con qualsiasi mezzo, uno dei mezzi di prova è dato certamente anche dalle presunzioni di fatto. Quando il giudice si convince argomentando da un cumulo di circostanze tra le quali la tenera età, l'organismo debole del bambino, ch'esso sia morto prima del padre, nessuno può dire ch'egli abbia giudicato male. La debolezza dell'età è un fatto non del tutto trascurabile sebbene da se solo non basti, onde se a questa circostan

za altri ammimnicoli di fatto si aggiungano, essa può essere presa in considerazione ed indurre il magistrato a ritenere che il bambino sia morto prima del genitore. Perciò le antiche presunzioni di diritto possono valere come presunzioni di fatto, qualora con esse concorrano altre circostanze. In questo senso e in questi limiti soltanto possono valere come presunzioni di fatto, quelle che prima erano presunzioni di diritto, cioè quando concorrano gli estremi di legge per avere una presunzione di fatto. Così per es: pongasi che sia avvenuto un incendio in una casa, per il quale sono morti gli abitanti di essa, l'incendio è cominciato da una certa stanza, mentre i morti si trovavano a dormire in stanze diverse, è naturale che si presuma che siano morti prima quelli che si trovavano nella stanza in cui è incominciato lo incendio. Non è escluso adunque l'esame delle circostanze di fatto purchè gravi, precise e concludenti, tali da potere il magistrato derivarne la sua convinzione.

Abbiamo detto essere necessaria la morte di una persona perchè si abbia l'apertura della eredità; abbiamo detto che è necessaria la prova della morte e abbiamo esaminato il caso della commorienza; ma molte volte è dubbio se una persona esista oppure no. Come si fa in questa ipotesi? Può aver luogo o no l'apertura della eredità? Nel diritto comune si ammisero delle presunzioni di morte, cosicchè per es: se alcuno fosse arrivato all'età di cento anni e non se ne aveva più notizia, si presumeva morto e si poteva aprire l'eredità. Nel diritto nostro non c'è alcuna presunzione di morte; solo c'è l'istituto dell'assenza distinto in vari periodi. Ora l'assenza per il nostro codice non produce mai vera, piena completa pre-

sunzione di morte; tanto è vero che se anche siano passati cen-
to anni dal giorno della nascita di una persona, di cui non si
sa più notizia, e sopravvive ancora l'altro coniuge, costui non
può passare a seconde nozze ancorchè dimostri che suo marito ha
già compiuto l'età di cento anni e che da parecchi anni non
ha dato notizie di sè. La presunzione di morte non si ha non
solo quando dopo la dichiarazione di assenza, si verifica l'immis-
sione nel possesso temporaneo dei beni, ma neanche nel caso d'im-
missione nel possesso definitivo. Si può dire perciò che mancando
la presunzione di morte (che invece c'è nel codice germanico)
non si apra la successione? Se esaminiamo l'art° 37 del Cod. Civ.
vediamo che quando l'assenza è stata dichiarata, ed ha luogo
l'immissione nel possesso definitivo si apre una vera e propria
successione: se non si trovano queste parole nella legge, c'è la
sostanza. Infatti che cosa è l'immissione nel pos-
sesso definitivo dei beni dell'assente? Coloro i qua-
li sono presunti eredi dell'assente; coloro che sono
i legatari, se vi è testamento, possono dopo un certo tempo
di possesso temporaneo domandare la immissione nel possesso
definitivo; e l'immissione nel possesso definitivo porta a questa
conseguenza che non solo godono di tutti i frutti a titolo di
eredi, ma possono disporre dei beni come assoluti padroni.
Sebbene la legge non dice che si apre la successione, pure
attribuisce gli stessi diritti e gli stessi obblighi come se si trat-
tasse di veri e proprî eredi. Se si vuole stare non alle parole
e fermarsi alla corteccia delle cose, ma riguardare la sostanza
di esse, dobbiamo dire che quando c'è l'immissione nel posses-
so definitivo dei beni dello assente, c'è una vera e propria

apertura di successione. Cosicchè mentre vige il principio generale che l'assente anche dopo la dichiarazione di assenza non si può presumere mai morto, a questa regola si fa eccezione per l'apertura della successione e ciò per necessità pratica. Soltanto una differenza c'è tra la successione quando la morte sia provata e quella che s'avvera quando c'è la dichiarazione di assenza e l'immissione nel possesso definitivo: se la morte è provata, chi è erede in perpetuo; invece gli eredi che sono tali in base alla immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente, sono eredi sì, ma eredi revocabili, il loro diritto è revocabile ex nunc perchè la stessa legge dice che se anche sia avvenuta l'immissione nel possesso definitivo, e lo assente ricompare o si ha notizia di lui, costui riprende i beni nello stato in cui si trovano. Notate che se l'assente ricompare, non ha diritto alla restituzione dei beni come erano al tempo della sua scomparsa o al tempo in cui i presunti eredi si sono immessi nel possesso definitivo, ma ha diritto alla restituzione dei beni così come li trova al suo ritorno. Cosicchè se i beni sono stati distrutti, non ha diritto a pretendere niente, se sono stati venduti non ha diritto che al prezzo che ne resta. Ecco come la successione in questo caso importa un diritto che è resolubile ex nunc non ex tunc (art° 39 cod. civ.)

Possiamo conchiudere che l'apertura della successione ha luogo non solo alla morte di una persona, ma anche se ci sia l'assenza dichiarata quando abbia avuto luogo l'immissione nel possesso definitivo. Unico particolare è che ritornando l'assente i diritti dei legatarî o degli eredi vengono a risolversi ex nunc.

Abbiamo parlato della morte di una persona come primo requisito per l'apertura dell'eredità. Ma le persone non sono soltanto fisiche, vi sono anche delle persone cosidette giuridiche. Ora anche una persona giuridica può estinguersi: muoiono le città, muoiono i regni, dice Torquato Tasso. Sebbene le persone giuridiche non muoiano come gl'individui, pure hanno i loro modi di estinzione e la loro personalità giuridica finisce. Ora quando finisce una persona giuridica, si apre o no la successione? Alcuni dicono: il concetto di successione è estraneo alle persone giuridiche, perchè, dicono costoro, la persona giuridica non può fare testamento e quindi non si può parlare di successione testamentaria; non ha famiglia e quindi non si può parlare di successione legittima. Non potendo aver luogo nè successione legittima, nè successione testamentaria quando si estingue una persona giuridica, non si può parlare di apertura di successione. Queste ragioni sono errate. La persona giuridica non può fare testamento; ed in ciò siamo d'accordo, in quanto la persona giuridica non può andare innanzi al notaio e dire: se domani muoio lascio Tizio mio erede. Ma se non si può fare testamento, può fare qualche cosa che è analoga e che ha lo stesso valore. Persone giuridiche sono: corporazioni e fondazioni. Supponiamo che nello atto costitutivo d'una corporazione o nelle tavole di fondazione sia espressamente detto: qualora questo ente che ora sorge, venisse ad essere soppresso o ad estinguersi per ragione qualsiasi, il patrimonio vada a beneficio di tale istituto o di tali persone fisiche. In questo caso abbiamo una dichiarazione di volontà di ciò che una persona giuridica vuole che avvenga del suo patrimonio dopo la sua e=

stituzione. Se una persona giuridica ha uno statuto così fatto, ha un atto di fondazione di questo genere, bisogna rispettare ciò che è detto nell'atto costitutivo o nelle tavole di fondazione; e molte volte le leggi italiane hanno rispettato tale volontà anche per istituti ecclesiastici, i cui beni perciò sono passati talora a dei privati cittadini, essendo stato nelle tavole di fondazione designato un privato in favore del quale dovesse aver luogo la successione. Perciò può aversi benissimo una successione che se non si suole dire testamentaria, è certamente ad essa analoga. Si dice ancora, che non c'è successione legittima, perchè la persona giuridica non ha famiglia. Ma successione legittima non ha solo luogo qu... lo c'è famiglia, ma anche quando una persona non lascia alcuna parente; è il caso di successione legittima quella dello stato che succede ad individui che non hanno parenti. Se una persona giuridica s'estingue senza che nell'atto costitutivo, nelle tavole di fondazione nulla sia stabilito, il patrimonio è devoluto allo stato conformemente all'opinione comune (che però io non accolgo interamente). Del resto anche nella legge italiana si trovano casi di successione legittima a persone giuridiche, come appunto si è verificato nel caso della soppressione di enti religiosi, per i quali la legge stessa ha designato il successore e precisamente il Fondo per il Culto. Ecco un caso di successione legittima. Perciò per l'estinzione di una persona giuridica può aver luogo una successione o per forza di legge o per volontà espressa dallo stesso fondatore; e queste successioni possono chiamarsi legittime e testamentaria. Ciò posto, la successione che ha luogo rispetto ad una persona giu-

ridica ha tutti i caratteri della successione alla persona fisica? Il patrimonio che passa dalla persona giuridica estinta, ad altro ente od a individui, passa nello stesso modo dell'eredità di una persona fisica; cioè, in altre parole, il successore della persona giuridica è tenuto ultra vires hereditarias a pagare i debiti? Se volessimo essere pedanti e seguire la lettera della legge, dovremmo dire, che se è successore, esso deve averne tutti i caratteri, e quindi dovremmo ritenere che il successore della persona giuridica risponde di tutti i pesi inerenti all'eredità, di tutti i debiti, anche ultra vires. Ma il principio della responsabilità illimitata è del tutto eccezionale, che ha ragione essenzialmente storica; è un principio aberrante della coscienza giuridica moderna; tanto che gli stessi codici che lo ammisero crearono degli istituti per limitarne la efficacia. Essendo un principio di natura eminentemente eccezionale, deve perciò restringersi al solo caso contemplato dalla legge, che è quello della successione a persona fisica; e perciò riteniamo che il successore di una persona giuridica non sia mai tenuto a pagare i debiti ultra vires. In un solo caso questo concetto non è applicabile, nel caso di successione di Stato a Stato. Molti Stati periscono o per conquista o per fusione, o per annessione, ecc; lo Stato che subentra all'estinto è successore non solo nella sovranità politica, ma anche nella personalità giuridica, e quindi anche nei diritti e negli obblighi patrimoniali

Però per principio universalmente ammesso dai pubblicisti lo Stato che succede a quello estinto e che sorge

sulle rovine dell'altro, è responsabile dei debiti assunti verso i privati, anche se non trova niente nello attivo dello stato estinto. Se dovessimo applicare il concetto esposto dianzi, do=vremmo dire che lo stato che succede è tenuto al paga=mento dei debiti, ma non ultra vires; invece prevale l'opi=nione contraria rispetto allo Stato, in base non ad un prin=cipio di puro diritto privato, ma ad un principio di dirit=to pubblico che vien detto il principio della "continuità dello Stato„ Cioè lo Stato che sorge sulle rovine di un altro non è una persona giuridica diversa, ma è la stes=sa, in quanto la base, il fondamento dello Stato nuovo e del vecchio è identica, lo stesso popolo: ciò che è mutato è solo la forma di governo, il rappresentante, la persona del governante. Da questo principio discende la conseguen=za che siccome si ritiene che lo Stato non si estingue il successore deve rispondere ultra vires. Tale cosa è u=tilissima per i cittadini, altrimenti il debito pubblico as=sunto da uno Stato estinto verrebbe ad essere facilmen=te disconosciuto.

Lezione III^a

Sommario

Secondo requisito della successione: esistenza del successore. a) Incapacità per mancanza di personalità fisica. b) Premorienza del successibile. Cenno sul diritto di rappresentazione. c) Assenza.

Il secondo presupposto della successione è che esista una persona capace di succedere. Questo requisito manca in tre casi: 1°) quando la persona che dovrebbe succedere non sia ancora venuta all'esistenza; 2°) quando la persona chiamata a succedere sia venuta sì all'esistenza ma sia premorta al de cuius; 3°) manca infine, quando la persona che dovrebbe succedere non è premorta, nè si può dire sopravvivente perchè si ignora se esista o no, in quanto è assente. Si parla in questi casi di incapacità di succedere: chi non esiste o perchè la sua esistenza non è ancora incominciata o perchè la sua esistenza è finita prima della morte del de cuius, o perchè assente, si dice incapace di succedere. Però il nostro codice parla di incapacità di succedere espressamente solo in riguardo delle persone la cui esistenza non è ancora incominciata nell'art° 724; da altri articoli si rileva indirettamente la incapacità riguardo alle persone che sono premorte (art° 890 in princ) e riguardo allo assente (art° 43)

Incominciamo dal caso della persona la cui esistenza non è ancora incominciata al momento della morte del de cuius.

(Art° 724 Cod. Civ.) Perchè una persona si dica esistere al momento dell'apertura della successione e quindi essere capace a succedere, è necessario per lo meno che si trovi in istato di concepimento. È vero che per principio generale solo chi vive vita extra uterina è persona umana; pure la nostra legge seguendo gli antichi principî tradizionali, mette il feto nella stessa condizione giuridica del nato, nella speranza che il feto venga un giorno ad essere uomo. Quando è che una persona deve ritenersi concepita al tempo della morte del de cuius? Se una persona nasce sei mesi dopo, sette, otto mesi dopo la morte del de cuius, e si tratti di parto maturo senza dubbio si può ritenere che nel tempo della morte del de cuius fosse concepito, e quindi sarà capace di succedere. Ma poniamo il caso che questo successibile sia nato nel trecentesimo giorno dopo la morte del de cuius. Si domanda: questa persona può ritenersi essere già concepita alla morte del de cuius e quindi avere diritto alla successione?. - Per spiegare come sia nato questo dubbio, bisogna ricordare che esiste l'art° 160, il quale pone delle presunzioni riguardanti appunto l'epoca del concepimento. Se un padre di famiglia morendo lascia la moglie e dei figli, oppure lascia la moglie senza figli e dieci mesi giusti dopo la morte di lui la vedova partorisce, il figlio della vedova deve considerarsi come il figlio del marito defunto, perchè la legge parte dal presupposto che una gestazione possa durare anche dieci mesi, si avrà un parto troppo maturo, tardivo, ma si dovrà attribuire sempre all'opera del defunto. Data questa presunzione che vale per decidere la quistione

della legittimità dei figli; essa può valere anche quando si tratta di stabilire se al tempo della morte di una persona il successibile era o no concepito? Bisogna distinguere i vari casi. Nel caso che la questione della successione è intimamamente connessa a quella della legittimità, nessun dubbio che lo art° 160 si debba applicare. Supponiamo che si tratti della successione d'un figlio al padre. il padre è morto il 5 gennaio 1905, il figlio è nato il 30 ottobre 1905, è nato cioè prima che siano passati 300 giorni dalla morte del padre, in base all'art° 160 il bambino deve ritenersi figlio del morto e perciò anche suo erede; perchè sappiamo che i figli sono gli eredi legittimi del padre e se anche il padre ha fatto testamento, i figli hanno la quota di riserva, in loro favore. Per me non c'è dubbio, qualora alla quistione della legittimità sia connessa quella della successione; siccome la legge fissa il tempo in cui si deve ritenere che il nato sia figlio del defunto, questa presunzione vale anche per decidere la questione della successione. Il Laurent invece contesta questa opinione e sostiene che l'art° 160 riguarda la legittimità della filiazione non i diritti che si possono acquistare per successione. La legge per impedire lo scandalo, per non fare indagare se la vedova abbia avuto o no degli amplessi illeciti dopo la morte del marito, stabilisce quella presunzione che ha perciò a fondamento un interesse d'ordine pubblico. Ma nella successione si tratta di interesse d'ordine privato e quindi, secondo il Laurent, la presunzione non ha ragione di essere. Questo concetto è assurdo, perchè così si viene a negare delle conseguenze che non

si possono negare. Dal momento che la legge dice che il figlio legittimo è successore legittimo del padre, dal momento che lo artº 160 dice che chi nasce non più tardi di 300 giorni dopo lo scioglimento del matrimonio è figlio del marito della donna che partorisce, ne viene di conseguenza che a questo figlio legittimo bisogna accordare il diritto alla successione, essendo un diritto inerente alla qualità di figlio legittimo. Invece la difficoltà vera non nasce quando la quistione della successione è conseguenziale alla questione della legittimità; nasce in altri casi quando non ci sia questo nesso logico, questa connessione necessaria tra la questione della successione e quella della legittimità. Tizio muore lasciando padre, madre e due fratelli, senza testamento. Per legge, quando una persona muore senza discendenti e senza testamento, succedono il padre e la madre insieme ai fratelli e alle sorelle. Dieci mesi dopo la morte del de cuius la madre di costui dà alla luce un altro figlio. Questo fratello postumo, ha diritto anch'egli a partecipare alla successione del fratello morto dieci mesi prima? Allora sorge la quistione. L'artº 160 che ritiene essere figlio legittimo colui che è nato non dopo 300 giorni dalla morte di una persona è applicabile anche in questo caso? Cioè il fratello nato non dopo i 300 giorni deve ritenersi come concepito al tempo della morte del de cuius, e quindi deve ritenersi che abbia la capacità a succedere ad esso? Noi non si può, secondo noi, applicare la presunzione dell'artº 160, appunto perchè essa riguarda solo la questione della legittimità ed è posta per

impedire la prova intorno alla legittimità di un figlio. Invece quando un fratello nasce in un tempo tale da non potersi dire senza dubbio che era già concepito al tempo della morte del fratello, evidentemente la presunzione non si deve applicare, perchè verremmo ad allargare i limiti di essa, verremmo ad applicare una presunzione che si riferisce ai casi di legittimità ai casi in cui la legittimità non c'entra. Quì non si fa questione se il nato sia figlio o pur no dei genitori del morto; ma si tratta di vedere se questo figlio era o no concepito al tempo della morte del de cuius. Ora per tale scopo la presunzione non giova: ma dovrà esaminarsi in fatto se si possa ritenere, che non ostante la tardività del parto, il nato debba ritenersi concepito al tempo della morte del de cuius. Sicchè se le prove non ci sono, questo fratello, non potrà partecipare alla successione del fratello premorto, perchè non può dirsi concepito al tempo della morte di costui. Questa è la opinione dominante e giustissima.

L'altra questione importante si ha nel caso in ui si sia un concepito non ancora nato: un padre di famiglia lascia dei figli e la moglie incinta - oppure una persona lascia il padre, la madre, dei fratelli, ma la madre incinta. Il concepito ha diritto alla successione; onde gli altri coeredi nel dividersi l'eredità debbano averne riguardo, riserbando una porzione di eredità. Allora sorge la questione: quante porzioni bisogna riservare? Mentre la donna è in istato di gestazione, non si può sapere se il nascituro sia un solo o siano più, e quindi se debbano i coe=

redi lasciare una sola o più porzioni. V'ha chi in base ad alcuni frammenti romani crede che bisogna lasciare tre porzioni, perchè è possibile il parto trigemino; altri sostengono invece che bisogna lasciare due sole porzioni. Ora, l'id quod plerumque accidit è che nasce un solo per ogni parto, quindi bisogna riservare una sola porzione. Se nascessero due invece di uno, allora si farà la riduzione delle quote assegnate agli altri. Questa riduzione ci sembra più equa, e più consona ai principî; quella accolta nei frammenti romani è poco giusta, in quanto il caso del parto trigemino è possibile, ma non probabile, e noi dobbiamo attenerci a ciò che probabilmente avverrà, e a ciò che ordinariamente suole avvenire. Non basta che una persona sia concepita al tempo della morte del de cuius perchè sia capace a succedere occorre che vi sia la nascita, la vita e la vitalità. Se il concepito muore in seno della madre, in nome di costui non si può pretendere diritto alcuno di successione. Il nato morto si considera come non mai concepito. Può avvenire ancora, che il feto nasca vivo ma non vitale, ed anche in questo caso non si ha capacità a succedere. Mentre il diritto romano e molti codici moderni come il germanico, non richiedono il requisito della vitalità per l'esistenza della persona; nel codice nostro si esige non solo che il feto nasca, e che nasca vivo, ma che abbia anche l'attitudine a vivere, cioè che abbia vitalità. La vitalità mancherebbe secondo il concetto predominante nella scienza medico-legale, non solo quando il parto sia immaturo, ma an-

che quando il parto, pur essendo maturo, difetti degli organi necessari alla vita. (A questo proposito debbo dire che c'è questione tra i giuristi se la vitalità manchi nel solo caso del parto immaturo o in tutt'e due i casi del parto immaturo e della mancanza di quegli organi che sono necessari alla vita. Noi accogliamo la soluzione eclettica). Non bisogna però confondere la vitalità con una qualche malattia, sia pure grave, che il bambino abbia nella nascita, anche se questa malattia effettivamente cagioni la morte pochi momenti dopo la nascita. Ciò non ostante, il bambino deve ritenersi vitale. Chi deve provare queste condizioni, perchè si possa pretendere diritto alla successione? La nascita e la vita debbono provarsi dalla persona che pretende diritto alla successione in nome del bambino nato. Chi ha provato questi requisiti non deve provare altro.

Il codice dice: la vitalità si presume, quindi l'avversario, colui cioè, che vuole sostenere che chi pretende diritto alla successione lo pretende a torto, deve provare che il bambino in cui nome si reclama il diritto successorio, sebbene nato vivo, non era vitale. Quindi il codice nostro risolve una questione che è insoluta pel diritto francese e la risolve giustamente, perchè ciò che avviene generalmente è che chi nasce vivo, nasce ordinariamente vitale, cioè con l'attitudine organica a vivere. Così abbiamo parlato brevemente del primo caso d'incapacità: cioè è necessario che la persona per avere diritto alla successione sia almeno concepito nel momento della morte del de cuius. Perchè? Alcuni, anzi, quasi

tutti gli autori, dicono che ciò è cosa del tutto naturale, del tutto ovvia, perchè non può concepirsi trasmissione di diritto da una persona ad un'altra se la persona alla quale i diritti debbono essere trasmessi non esista. A prima vista pare che questo sia un concetto logico. Però il principio che il successore debba esistere almeno in istato embrionale al tempo della morte del de cuius è principio del tutto storico, che ha il suo fondamento nella storia, non già in ragioni d'ordine assoluto. Nel Diritto romano antichissimo per cui l'erede rappresentava la sovranità della famiglia, l'eredità trasmetteva il diritto di sovranità e perciò per necessaria conseguenza occorreva che colui dovesse acquistare i diritti di sovranità esistesse nel momento stesso in cui era morto l'antico sovrano. Ma nello stesso diritto romano, come dice il Fadda, col diritto giustinianeo al principio della necessità della esistenza d'un successore almeno in istato embrionale furono fatte molte eccezioni. Infatti secondo il diritto giustinianeo, per determinare la capacità del successibile si aveva riguardo non sempre alla morte del de cuius, ma molte volte anche al tempo in cui la eredità venisse ad essere devoluta. In caso, per es: di rinunzia dei primi chiamati, Giustiniani chiamava altri successibili che ne erano capaci, non avuto riguardo alla morte del defunto, ma al momento della rinunzia. Cioè si chiamavano gli eredi di grado più prossimo che si trovavano ad essere esistenti al momento della rinunzia. Nel Medio Evo il principio che il successore deve esistere almeno in istato embrionale,

al tempo della morte del defunto, non fu mai applicato in tutto il suo rigore. La giurisprudenza francese, anteriore al codice ammise che uno potesse essere chiamato all'eredità dell'altro ancorchè, fosse venuto all'esistenza molto tempo dopo. E che la cosa sia possibile, lo vediamo anche nel diritto nostro. V'è infatti l'artº 764, il quale parlando di disposizioni testamentarie regola un caso di chiamata alla successione di persona non ancora concepita al tempo della morte del defunto. Solo pone dei limiti a questa possibilità, perchè il non concepito al tempo della morte del testatore deve essere figlio immediato (non nipote, nè pronipote) e figlio d'una persona determinata la quale dev'essere vivente al tempo della morte del testatore. Quindi non posso istituire erede il figlio di una persona la quale si trovi soltanto ad essere concepita al tempo della mia morte; ma deve essere figlio immediato d'una persona determinata, non solo ma che deve trovarsi viva, non già semplicemente concepita al tempo della mia morte_ Ecco come il principio che il successore deve essere per lo meno concepito al tempo della morte del de cuius è principio che si fonda su ragioni di ordine storico più che su ragioni di ordine razionale. Del resto se domandate quali sarebbero queste ragioni d'ordine logico che costringono a ritenere necessaria l'esistenza del successore al tempo della morte del de cuius, non avrete risposta adeguata; alcuni per es: adducono la ragione che il morto impossessa il vivo. Se, essi dicono, vale per il diritto nostro, come per il

diritto consuetudinario francese, "il morto impossessa il vivo,, ne segue che dovendosi il possesso dei beni trasmettersi immediatamente dal defunto allo erede, tale trasmissione sarebbe inconcepibile, se l'erede non sussistesse al tempo della morte del defunto. Questa ragione però, noi osserviamo, è anacronistica, è una ragione ex post facto; il principio che il successore debba sussistere è un principio più antico di quella massima; risale all'antichissimo diritto romano quando la massima: il morto impossessa il vivo - massima d'origine germanica - non era ancora nata. E d'altra parte come abbiamo ricordato, anche vigendo quella massima nei paesi di diritto consuetudinario francese, non si disconobbe la possibilità di un successore non esistente al tempo della morte del de cuius. Piuttosto ci sono ragioni d'ordine pratico, ed in queste condiscendiamo. Perchè, se la persona del successore non fosse esistente almeno in istato embrionale, al tempo della morte del defunto, avremmo la conseguenza, che per un certo periodo di tempo, forse anche lunghissimo, l'eredità sarebbe giacente, e ci sarebbe perciò incertezza sul soggetto dei diritti, e quindi i beni non avrebbero la loro normale funzione, con danno della pubblica e privata economia. A questo proposito ricordiamo che per essere troppo ligi al concetto che non è possibile un successore non ancora concepito, gli antichi fecero largo uso del fidecommesso. I fidecommessi ebbero appunto lo scopo di eludere questo principio, perchè, non potendo una persona istituire erede il proprio nipote per es: o pronipote

o discendente remotissimo non ancora concepito, ricorreva all'espediente del fidecommesso, cioè lasciava i beni ad una persona già esistente coll'obbligo di trasmetterli a quelle altre persone che avrebbe voluto beneficare direttamente. Perciò il nostro codice, avendo aboliti i fidecommessi, non ha avuto repugnanza a dare uno strappo al principio tradizionale che i non concepiti non possono succedere, disponendo che possono ricevere per testamento i figli immediati di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore quantunque non siano ancora concepiti. Il principio sancito dal nostro codice produce degli inconvenienti pratici, ma essi non sono punto dissimili da quelli che si avrebbero ammettendo il fidecommesso. Così abbiamo oggi nelle diverse legislazioni due tendenze diverse; alcune legislazioni senza tener conto dei pregiudizî della scuola liberale economica, ammettono il fidecommesso, come in Germania, stabilendo però certi limiti. La nostra invece, ligia ai principî economico-liberali, ha proibito il fidecommesso, ma ha sentito il bisogno d'ammettere la possibilità della istituzione di uno non ancora concepito.

L'altro caso in cui c'è una incapacità a succedere è quello della premorienza al de cuius del successibile. Il successibile è esistito, ha vissuto, ma è premorto al de cuius; evidentemente chi premuore alla persona alla cui successione avrebbe diritto, non può succedere, nè in nome suo altri può pretendere i diritti successorî che a lui sarebbero spettati. Questo non è detto nel codice a proposito della successione legittima, ma è detto per la successione testamen-

taria e precisamente all'art° 890. Del resto questa è conseguenza logica di ciò che abbiamo detto altra volta, che per provare che si ha diritto alla successione bisogna provare la premorienza della persona la cui eredità si vuole conseguire. Perciò, quando il successibile è premorto al de cuius, nessuno può pretendere in nome di lui diritti ereditarî, perchè la persona premorta al de cuius non avendo acquistato diritti non ha potuto trasmetterli ai suoi eredi. Pure v'è un caso d'apparente eccezione a questo principio, ed è il caso del diritto di rappresentazione. Non posso parlare lungamente di ciò perchè farei cosa fuori di luogo, ma per darne un'idea elementare dirò brevemente che cosa sia il diritto di rappresentazione posto dalla legge per ovviare all'incovenente che deriva dal principio, che se il successibile non sopravvive al de cuius, non trasmette la eredità. Il diritto di rappresentazione è un diritto di sostituzione legale concesso in favore di certe persone che per se stesse non sarebbero chiamate alla successione, ma che prendono il posto di un'altra persona che sarebbe stata chiamata se non fosse premorta (od anche assente o indegna). Questo è il concetto di rappresentazione. La rappresentazione non vuol dire altro che sostituzione legale, derivante ex lege, di una persona ad un'altra, sostituzione che ha per effetto di far subentrare una persona, che per sè non avrebbe diritto alla successione, in luogo di altra persona che si avrebbe avuto diritto. La parola rappresentazio=

ne è erronea, e può indurre in inganno, perchè la rappresentazione nel vero senso della parola ha luogo quando una persona agisce in luogo ed in nome di un'altra persona vivente, quando si esercita un diritto che spetta ad altra persona, invece nel diritto di rappresentazione di cui facciamo cenno questo non avviene, non è possibile in quanto abbiamo in questo caso che una persona subentra al posto di un'altra, ma acquista la successione nomine proprio, ex capite proprio, non già in nome del rappresentato, il quale appunto è uno che per la sua incapacità non potè trasmettere i diritti successorî. Quindi sarebbe meglio questo diritto chiamarlo: diritto di sostituzione legale. Il nostro codice parla della rappresentazione dall' art° 729 all' art° 735, a proposito della successione legittima. Però io ne parlo in questa parte generale appunto perchè il codice stesso nell' art° 890, dopo aver detto che qualunque disposizione testamentaria è senza efficacia se quegli in favore del quale è stata fatta non è sopravissuto al testatore, poi aggiunge: « i discendenti però dell' erede o del legatario premorto sottentrano nell' eredità o nel legato nei casi in cui sarebbe ammessa a loro favore la rappresentazione se si trattasse di successione intestata ». Ecco dunque come il diritto di rappresentazione o di sostituzione legale è un istituto comune alla successione legittima e testamentaria. Su favore di chi ha luogo questo diritto di sostituzione legale? La sostituzione legale non ha luogo in favore di tutte le persone, ma soltanto in favore di chi di-

scenda o dai discendenti o dai fratelli del de cuius. Così poniamo la ipotesi che uno non abbia dei figli, non abbia dei fratelli, abbia soltanto un parente in decimo grado. Questo parente muore prima di lui, i figli di questo parente possono sostituirsi nel luogo del premorto e dire: vogliamo l'eredità per diritto di rappresentazione? No, non lo possono dire, perchè qui il premorto non era discendente del fratello del defunto e quindi in questo caso succederà lo Stato. Altro esempio: Tizio in un testamento ha istituito erede il nipote ex fratre. Questo nipote premuore a lui. I figli di questo nipote ex fratre del defunto, possono pretendere diritto alla successione in forza della rappresentazione o sostituzione legale? Non possono, perchè il premorto non era il fratello del defunto, ma un figlio di esso. La prima condizione è dunque che la persona nel cui posto si sottentra in forza di sostituzione legale, sia o discendente o fratello o sorella del de cuius. L'altra condizione poi è che la persona che sottentra a quella incapace sia sempre un discendente di essa. Cosicchè, posto che al de cuius sia premorto un figlio o un fratello, ma questi non abbia discendenti, ma ascendenti o collaterali, siffatti eredi non potranno pretendere di far valere il diritto di rappresentazione.] Il terzo caso in cui v'è incapacità a succedere è quando ci sia l'assenza. Abbiamo visto che la persona del successore deve esistere; ma quando è incerta l'esistenza di una persona, la legge dà luogo all'apertura della successione non in vantaggio dell'assente; ma in favore di quelle persone

che concorrerebbero insieme all'assente se fosse presente od in mancanza di costoro, in favore delle persone che avrebbero diritto a succedere in grado ulteriore. Notate un'altra cosa: abbiamo visto che solo quando l'assenza sia dichiarata e la dichiarazione d'assenza si trova nel suo secondo stadio cioè immissione nel possesso definitivo dei beni dello assente, l'assente si considera quasi come morto e si apre la successione; invece nulla di tutto questo è necessario quando si tratta della successione in favore dell'assente. L'assente dovrebbe essere il successore di altra persona; per il solo fatto che è assente, ancorchè nessun provvedimento giudiziale sia intervenuto, ancorchè l'assenza sia solo presunta per il fatto che non si hanno notizie di lui, viene equiparato al premorto, onde hanno diritto alla successione quelli che dovrebbero concorrere con l'assente o che sarebbero chiamati in grado ulteriore (art° 43) Però anche in caso di assenza, sono applicabili i principii della rappresentanza. Cioè se l'assente sia discendente o fratello del de cuius, i suoi discendenti prenderanno nella successione lo stesso suo posto. Questi sono casi di incapacità a succedere assoluta, come dicono gli autori, cioè casi che si fondano sulla mancanza delle condizioni obbiettive necessarie per la esistenza di una persona: chi non esiste non può avere, nè acquistare diritti. Vi sono poi casi di incapacità impropriamente detta così, i quali presuppongono la esistenza di un individuo e tutte le caratteristiche obbiettive della personalità umana, però la legge toglie a questa

persona la facoltà di poter succedere per ragioni del tutto subbiettive, cioè per fatti delittuosi da essa compiuti contro la persona a cui dovrebbe succedere. Questi sono i casi di indegnità.

Lezione IVª

Sommario

L'indegnità - Storia e concetto - I casi d'indegnità. Effetti - L'azione per far dichiarare l'indegnità - Effetti rispetto ai figli dell'indegno; - ai coeredi; - ai terzi -

Per ben comprendere il concetto dell'indegnità e vedere se è cosa diversa dalla incapacità oppure sia una specie di essa, bisogna brevemente premettere alcuni cenni storici. Anche nel Diritto romano ci era la indegnità, però essa aveva un carattere diverso da quello che ha nel nostro. Accanto all'indegnità del Diritto romano vi era l'istituto della exhaeredatio che era la facoltà concessa al testatore di rendere incapaci alcuni successibili in pena di certi fatti compiuti contro di lui, i quali nel Diritto giustinianeo furono ridotti ad un numero limitato; la exhaeredatio era insomma un istituto il quale mirava a tutelare l'interesse privato, a garentire il risentimento personale dello offeso verso l'offensore. Ciò posto con la exhaeredatio, pare a prima vista, si confonda l'istituto dell'indegnità; perchè anche questa importava una esclusione dalla eredità, quando il successibile avesse compiuto certi atti delittuosi verso il defunto. Però la ragione di questi istituti era diversa; perchè mentre la exhaeredatio tutelava il risentimento personale, l'interesse privato, ed era dipendente dalla volontà del privato, in quanto egli

poteva o no esercitare questo diritto; invece l'istituto del=
l'indegnità serviva piuttosto a tutelare l'interesse sociale;
era fondato su motivi d'ordine pubblico, ripugnan=
do alla morale sociale che una persona potesse suc=
cedere ad un'altra, dopo aver commesso contro di lei
certi fatti delittuosi. Oltre la differenza fra i motivi
fondamentali dei due istituti, c'era una differenza
nelle conseguenze pratiche, perchè dipendendo la exhae=
redatio dalla volontà espressa dal testatore ne seguiva
che l'exhaeredatus era incapace a succedere, e quindi
la devoluzione dell'eredità non seguiva in suo favore.
Diversamente accadeva per l'indegno: questi non era
incapace a succedere; l'eredità gli si devolveva, ma la
legge in pena degli atti delittuosi commessi contro
il defunto gli toglieva i beni, e li assegnava al Fisco
(bona ereplicia); epperò giustamente fu detto che l'in=
degno "*potest capere, sed non potest retinere*„ Quin=
di altra differenza è, che mentre nella exhaeredatio,
essendo l'exhaeredatus incapace, in suo luogo sottentrava
trava l'erede chiamato immediatamente dopo, o che
aveva diritto a concorrere con l'exhaeredatus, inve=
ce nei casi d'indegnità, l'eredità tolta allo in=
degno non si devolveva a coloro che avevano dirit=
to dopo di lui o che avevano diritto di concor=
rere con lui, ma si dava al fisco. Del Diritto
romano perciò, è certo che, mentre l'exhaeredatus e=
ra incapace a succedere, e quindi non poteva ad=
dirittura acquistare la eredità, invece l'indegno era

capace, cioè poteva acquistare l'eredità, ma non poteva ritenerla, perchè a lui si doveva togliere per darlo allo Stato al Fisco. I due istituti, dunque, in Diritto romano sebbene avessero punti di contatto, perchè l'uno e l'altro servivano a punire chi avesse commesso atti delittuosi contro il defunto diversificavano sostanzialmente tra loro in base al loro fondamento e per le conseguenze. Nel diritto consuetudinario francese questi due istituti si mantennero, però s'andarono confondendo. Come ci attesta il Pothier, la exhaeredatio e la indegnità erano istituti aventi lo stesso scopo, perchè l'indegnità era una diseredazione fatta dalla legge stessa. Quindi identico diventa il fondamento dei due istituti, cioè la tutela della moralità pubblica e del risentimento privato nel tempo stesso. Però la tutela del sentimento morale pubblico, fu subordinata all'interesse privato del defunto, dimodochè quando il defunto avesse espressa la sua volontà di perdonare un fatto delittuoso del suo erede, come non aveva luogo la exhaeredatio, così non aveva luogo nemmeno l'indegnità. Inoltre la indegnità aveva luogo per le stesse cause per le quali avrebbe potuto farsi la diseredazione; e infine identico era il risultato pratico della exhaeredatio e dell'indegnità, cioè, come al diseredato, così all'indegno, non succedeva il fisco, ma coloro che insieme con lui avevano diritto a concorrere all'eredità o coloro che erano chiamati in

grado ulteriore. Insomma la indegnità nel diritto consuetudinario francese non fu altro che una diseredazione presunta; la legge dice: quando il defunto non ha potuto esprimere la sua volontà, io presumo che avrebbe diseredato, non avendo diseredato lui, diseredo io, legge. Onde nel caso che il defunto avesse espressa la sua volontà in contrario e avesse perdonato l'indegno, l'indegnità spariva. Però, mentre da una parte l'indegnità si confuse colla diseredazione, perchè assunse il carattere d'istituto a tutela piuttosto di sentimenti privati, che di interessi sociali, e quindi fu considerata come basata sulla presunta volontà del defunto; conservò d'altra parte il suo carattere antico di non costituire una vera e propria incapacità, ma d'importare soltanto una esclusione dalla eredità, cosicchè non ostante la fusione dei due istituti, il Pothier ritenne il principio del Diritto romano che l'indegno potest capere sed non potest retinere. Il codice italiano ha abolito l'istituto della diseredazione: oggi non è più possibile la diseredazione di quelle persone che per legge hanno diritto alla riserva, nè è possibile nemmeno quella diseredazione che avveniva non già in pena di un fatto criminoso commesso contro il defunto, ma nell'interesse dello stesso diseredato, come nel caso in cui un padre di famiglia vedendo che il figlio era prodigo lo diseredava nell'interesse suo e devolveva l'eredità ai figli di lui. (Questa diseredazione anche

oggi è ammessa dal Cod. Civ. Germanico). Però, mentre l'istituto della diseredazione è addirittura scomparso nel nostro codice, è rimasto l'istituto della indegnità, onde la questione sul concetto e sulla portata dell'indegnità, cioè se la indegnità, quale è oggi sanzionata dal nostro diritto, abbia o no lo stesso carattere che aveva nel Diritto romano e nel diritto consuetudinario francese. La indegnità sancita dal nostro codice non ha la fisonomia che aveva nel Diritto romano, perchè nel Diritto romano era un istituto posto a tutela della moralità sociale, indipendentemente dalla volontà del defunto, mentre il contrario segue pel diritto nostro, poichè se una persona perdona l'indegno, il perdono vale, ma ha perduto anche il carattere che aveva nel Diritto romano di importare non già una vera e propria incapacità, ma una semplice esclusione dalla eredità, di modochè possiamo dire anche oggi, sotto l'impero del codice nostro che l'indegno non è incapace a succedere, ma è capace; però appunto perchè è capace, deve essere escluso dalla eredità? La teoria dominante è che l'indegno, come nel Diritto romano e nel diritto consuetudinario francese, non sia incapace a succedere, è capace, ma solo può essere escluso dalla eredità. Alcuni combattono questa opinione principalmente il Laurent in Francia e il Fadda in Italia, fondandosi sulla lettera della legge. La legge dice infatti che sono inca-

paci a succedere non solo coloro che non hanno esistenza fisica, ma anche coloro che sono indegni per le cause stabilite nell'art° 725 C.C. Perciò, dicono quegli autori: non potete ritenere il principio romano che l'indegno potest capere sed non potest retinere. Dal momento che la legge mette in un'unica categoria chi è privo di esistenza, e quelli che hanno commesso alcuni atti che li rendono indegni, vuol dire che anche costoro come i primi, sono incapaci di succedere. Da ciò derivano delle conseguenze; perchè l'incapacità si aveva ipso jure; invece se si ritiene che l'indegno è capace di succedere, ma che solo può essere escluso dalla successione; per escluderlo bisognerà una dichiarazione giudiziale d'indegnità. Ora noi riteniamo che data la storia dell'istituto, non si può negare che anche oggi l'indegnità non importi vera e propria incapacità, ma importi solo una esclusione dalla eredità, come pena a danno dell'indegno. È vero che l'istituto dell'indegnità non ha nel diritto nostro il carattere rigoroso del Diritto romano, ma questo carattere non lo aveva nemmeno nel diritto consuetudinario francese, eppure il Pothier che fu colui che preparò il lavoro al legislatore francese, diceva che non ostante la somiglianza tra la diseredazione e la indegnità, la indegnità non produceva lo stesso effetto, ma continuava ad avere l'effetto proprio che aveva in Diritto romano, cioè che l'indegno potest capere sed non potest retinere. Questo concetto venne anche ribadito dal Pisanelli nella sua Relazione al Progetto del Codice civile. E se a dif

ferenza della legge francese la nostra, chiama incapace l'indegno, è pur da riflettere che nell'artº 727 è detto che chi fu escluso come indegno è obbligato a restituire tutti i frutti e proventi, ecc; dunque anche la legge parla di esclusione dell'indegno dalla successione. Il fatto della esclusione dalla successione suppone la possibilità dell'acquisto ereditario in favore di esso; cioè che l'indegno potest capere sed non potest retinere. Dobbiamo credere quindi, sia in base alla evoluzione storica di questo istituto, sia in base alla lettera della legge che parla d'esclusione d'eredità, che, sebbene i caratteri sostanziali dell'indegnità nel diritto nostro, non siano quelli del Diritto romano, pure l'indegno anche egli potest capere sed non potest retinere. La incapacità dunque si differisce sostanzialmente dalla indegnità, non ostante la inesatta espressione della legge: l'incapacità significa mancanza di tutte le condizioni obbiettive perchè si abbia la personalità giuridica; invece la indegnità non è la mancanza di alcuna di queste condizioni, ma presuppone la esistenza fisica della persona, presuppone il diritto alla eredità; e solo in base a considerazioni di ordine subbiettivo, considerazioni di fatto, cioè, che l'erede ha commesso degli atti tali contro il defunto da scuotere l'opinione pubblica e da far ritenere che il defunto non gli avrebbe mai concesso l'eredità per giusto risentimento, la legge lo esclude dalla eredità e dà diritto agli altri interessati di poter ritoglierli l'eredità che altrimenti avrebbe acquistato.

Quali sono i casi d'indegnità? Questo discorso ci porterebbe a lungo se volessi fare un esame minuzioso di tale argomento; invece sarò breve commentando l'art° 725. L'articolo distingue quattro casi di indegnità, i quali si possono raggruppare in due categorie: vi sono alcuni fatti che rendono indegno una persona perchè costituiscono attentato alla persona del de cuius. vi sono altri fatti che rendono indegna la persona del successore perchè costituiscono attentato non già alla persona del de cuius, ma alla libertà di testare. La prima categoria comprende i primi due numeri dell'art° 725. La legge dice anzitutto che è indegno a succedere chi avesse volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta. Qui come si vede si parla di omicidio volontario. Quando l'omicidio è giustificato non ha luogo l'indegnità, come nel caso di omicidio commesso nello stato di necessità, nel caso di legittima difesa o di ordine dell'autorità superiore. Nemmeno s'avvera l'indegnità nei casi di omicidio non imputabile, come quando uno uccida in istato di ubbriachezza completa, di pazzia, di demenza, di suggestione ipnotica. Così pure nel caso di omicidio involontario o colposo, il quale si verifica quando una persona uccida un'altra per semplice colpa, per negligenza, per imperizia nella propria arte o professione o per inosservanza a regolamenti. Ancora nel caso di omicidio preterintenzionale, che ha luogo quando, come dice il Pessina, l'evento supera l'intento, come nel caso di uno che batta una persona a scopo di correzione

e dalle percosse derivi la morte; non essendovi qui intenzione di uccidere e quindi non essendovi omicidio volontario, non si ha la indegnità. L'omicidio in duello produce indegnità. Qui v'è disparere di opinioni, dirò soltanto la mia. L'omicidio in duello può produrre indegnità a seconda dei casi e ciò risulta dal criterio stabilito per esso nel nostro Cod. Pen. Il Cod. Penale considera il duello non già come reato contro l'integrità personale, ma lo considera come figura a sè, e precisamente come reato contro l'amministrazione della giustizia. Anche quando al duello segua l'omicidio, o la lesione personale, il codice non commina le stesse pene come per l'omicidio e per la lesione personale. Però vi è un articolo che enumera i casi in cui per il duello bisogna applicare le stesse pene che si applicano per l'omicidio volontario, e ciò ha luogo quando il duello procedette senza l'osservanza delle regole cavalleresche, come nel caso che le armi usate non siano eguali, oppure il duello sia stato fatto all'ultimo sangue, la legge penale equipara il duello all'omicidio e lo punisce come omicidio volontario (art° 243 cod. pen.) In tal caso dobbiamo ritenere che l'omicidio avvenuto in duello in quanto è considerato vero omicidio dal Cod. Pen. produca indegnità. Invece negli altri casi in cui la legge penale considera il duello non come un reato contro la integrità personale, non possiamo comminare l'indegnità. Vero è che altri sono i criteri di diritto penale ed altri quelli di diritto civile; ma si risponde che nel silenzio della legge, per vedere che cosa la legge civile in=

tenda per omicidio volontario dobbiamo ricorrere alla fonte del codice penale, che ci somministra il criterio per decide-re la questione. Come abbiamo fatto per escludere l'omicidio preterintenzionale, ricorrendo ai criterî di diritto penale, così per l'omicidio in duello siamo autorizzati a seguire i criterî di diritto penale vigente. La legge aggiunge anche che basta che l'omicidio sia tentato, non occorre la con-sumazione di esso, come pure è da notare che è in-degno il complice in un omicidio sulla persona alla cui successione avrebbe diritto.

È necessario che l'omicidio o il tentativo o la complici-tà risultino da sentenza penale? Per il codice francese si richiede ciò, ma non per il nostro codice; esso ha vo-luto anche tener conto del caso che un omicidio sia av-venuto, ma che per amnistia, per indulto o per prescrizio-ne non abbia avuto luogo la condanna. Invero colui che ha commesso un omicidio volontario, pur essendo sfuggi-to per una di queste cause alla pena, perchè non dovrà essere considerato indegno? L'indegnità non è una pena di carattere penale, è pena di diritto civile, è decaden-za, perdita del diritto, quindi non deve considerarsi di-strutta da quei fatti che tolgono la vera e propria pe-na. Tale è la ragione della legge. Onde segue che l'o-micidio può essere constatato la prima volta in giudizio civile, per lo scopo appunto della dichiarazione d'inde-gnità.

Il secondo caso che costituisce altro attentato contro la persona, e per cui ha luogo la indegnità, è quando

il successibile abbia accusato il de cujus di un reato pu=
nibile con pena criminale e quando quest'accusa sia sta=
ta dichiarata calunniosa in giudizio. Ci vuole l'accusa
che può prendere la forma di denunzia o di querela;
e quindi è da notare che la semplice falsa testimonian=
za non basta, in quanto la legge parla di accusa e
l'accusa privata non si può manifestare se non nella
forma di querela o di denunzia. La falsa testimonianza
può certo produrre gli stessi effetti pratici dell'accusa, ma
siccome siamo in materia eccezionale non possiamo e=
stendere la disposizione della legge dall'accusa contempla=
ta al caso di falsa testimonianza non contemplato.
Non basta però l'accusa sotto forma di querela o di
denunzia, è necessario che si tratti di accusa d'un rea=
to che importi pena criminale. Sotto l'impero delle at=
tuali leggi non si parla più di pena criminale,
ma sulle disposizioni transitorie del codice penale si di=
ce che quando nelle leggi anteriori si parla di pene
criminali si debbono per esse intendere l'ergastolo, l'in=
terdizione dai pubblici uffici, la detenzione o reclusione
per un tempo non inferiore nel minimo ai tre anni.
Infine, bisogna che l'accusa sia dichiarata calunniosa
in giudizio; l'accusa non deve essere giustificata ma
deve essere tale da costituire il reato di calunnia ai
sensi del Cod. Pen. Se uno abbia accusato in buona fe=
de sul detto di altri senza sapere la falsità di ciò che
diceva, in questo caso non c'è calunnia. Si richiede an=
cora che la calunnia sia stata dichiarata tale in giu=

dizio. A differenza dell'omicidio bisogna ritenere che l'accusa debba essere dichiarata calunnia in giudizio penale, perchè solo in sede penale si può dichiarare ciò. La legge dice: - quando l'accusa sia stata dichiarata calunniosa in giudizio - non dice semplicemente: quando l'accusa sia dichiarata calunniosa, senz'altro, come è per l'omicidio: se la legge avesse voluto contemplare la possibilità della calunnia dichiarata in giudizio civile non avrebbe aggiunto questa frase «in giudizio», ciò ha fatto per denotare che l'accusa deve essere dichiarata calunniosa dal giudice competente. L'altra categoria dei casi d'indegnità comprende gli attentati contro la libertà di testare. È indegno chi avesse costretto una persona a fare testamento o a cangiarlo. In queste parole - costretto a far testamento o a cangiarlo - la legge comprende il caso di violenza, non già il caso del dolo. Chi adopera dolo verso una persona per far fare un testamento o per farlo cangiare non si può dire che abbia costretto questa persona; epperò trattandosi di materia eccezionale non si può sostenere che colui che abbia adoperato dolo sia indegno: la legge usa la parola costretto, nella quale si può comprendere solo la violenza fisica e la violenza morale. Invece nel secondo caso di attentato alla libertà del testatore si può comprendere tanto la violenza che il dolo. La legge infatti dice che è indegno chi avesse impedito una persona di fare testamento o di rivocare il già fatto. Ora anche colui che con raggiri, con arti subdole non fa fare un testamento, o non fa

cangiare il già fatto, costui evidentemente ha impedito di far testamento o di rivocarlo. La legge qui non adopera la parola costretto, ma la parola impedito. Ancora è indegno chi avesse soppresso celato od alterato il testamento già fatto. A questo proposito la legge adopera una frase impropria dicendo - testamento posteriore. Ciò presupporrebbe che esistessero due testamenti e che il successibile avesse soppresso, distrutto, falsificato il testamento ultimo, posteriore, per far valere il primo. Ma se può darsi benissimo questo caso non è men vero essere frequente l'altro: che vi sia un testamento solo. Ora se il successibile vedendo che questo è a lui sfavorevole lo sopprima, lo celi, lo alteri, ci sarà o no la indegnità? Certamente che sì, perchè anche qui, come nell'altro caso, si avrebbe sempre la soppressione, il celamento, l'alterazione di un testamento; fatto che la legge considera come causa d'indegnità; onde si può dire che giuridicamente i due casi sono identici, giacchè la diversa circostanza di fatto che si riscontra in essi nulla ha influito sulla disposizione di legge. Non ostante queste cause d'indegnità, la persona che ha commesso uno di questi fatti, può succedere quando quegli della cui successione si tratta abbia fatto remissione, cioè abbia manifestato la volontà di perdonare l'indegno per farlo succedere nella sua eredità. Ciò è stabilito nell'art° 726. Quest'articolo che manca anche nel Cod. Civ. francese non ostante la contraria opinione del Pothier fu posto, seguendo l'esempio del codice sar=

do, per la considerazione che l'istituto dell'indegnità ha per fondamento la tutela d'un risentimento personale, più che d'un interesse sociale. Sarebbe stato perciò strano che la legge vigente in tempo di civiltà cristiana avesse non tenuto conto di un possibile perdono delle offese ricevute. Ciò che è importante rilevare in rispetto a quest'articolo è la questione che si fa relativamente alla capacità per fare la remissione. Alcuni dicono che per fare remissione dell'indegnità basta la capacità naturale. Costoro però sono in errore. Poniamo che un giovanetto a dieci, dodici anni abbia subito un attentato all'integrità personale da quella persona che sarebbe suo erede. Questo giovanetto può fare atto di remissione in quell'età, con la efficacia di far succedere la persona resasi indegna? No, perchè la remissione importa una deroga alla successione legittima, importa una deroga alla volontà della legge. Ora quegli atti che importano deroga alla volontà della legge in rapporto alla successione si chiamano testamenti, e quindi la remissione importando deroga alla volontà della legge successoria ha efficacia di testamento. Perciò la semplice capacità naturale, come non basta per fare testamento, non basta per fare atto di remissione che importa effetto analogo. Si dice da altri che è necessaria la capacità voluta per fare quel determinato atto in cui la remissione è contenuta. Ciò si capisce, quando la remissione è contenuta in un atto di dona-

rione, in un atto di compra vendita ecc; allora basta che si sia la capacità necessaria per quel determinato atto. La quistione invece nasce quando si voglia fare un atto ad hoc per rimettere la indegnità di cui si è resa meritevole una data persona. In tal caso è più giusto seguire l'opinione che ci vuole la capacità necessaria per fare testamento, ossia che bisogna per lo meno l'età di 18 anni. In che forma deve farsi la remissione? Lo dice la legge stessa. O per atto autentico o per testamento, cioè o per atto fatto dinanzi al notaio, per atto pubblico, oppure bisogna osservare le forme del testamento olografo, segreto, pubblico. Qualora non si voglia scegliere la forma dell'atto pubblico, si può fare un atto privato purchè abbia tutti i caratteri del testamento olografo o segreto. Come deve essere fatta la remissione? Espressamente, dice la legge, bisogna che dall'atto risulti esplicitamente la volontà di rimettere l'indegnità, ma questo non si può argomentare dallo insieme delle circostanze, come pretende il Pacifici Mazzoni. Certo che non è necessario che la persona della cui successione si tratta dica: rimetto, perdono le offese fatte; può usare qualunque espressione purchè manifesti direttamente il pensiero di voler rimettere l'indegnità. Il Pacifici Mazzoni ritiene il contrario perchè si fonda sul principio accolto dal Codice Albertino e Parmense, della remissione tacita; ma dal momento che il codice nostro, pure seguendo l'Albertino, dice che la remissione deve essere fatta espressamente, deve valere la parola della legge.

Effetti. Gli effetti dell'indegnità si desumono dal concetto che ho avuto cura di esporre al principio della lezione. Se la indegnità equivalesse alla incapacità avremmo questa conseguenza, cioè che essa si verificherebbe ipso facto ipsoque jure nel momento stesso in cui si compie il fatto delittuoso e quindi ne verrebbe la conseguenza prima che non ci sarebbe bisogno di dichiarazione giudiziale d'indegnità. L'indegno non solo non potrebbe ritenere l'eredità acquistata, ma non potrebbe mai acquistare l'eredità al pari dell'incapace. Se si immettesse nel possesso dell'asse ereditario, tutti gli atti compiuti sarebbero nulli e non potrebbe mai scopire contro il rivendicante vero erede la prescrizione estintiva dell'azione. Facciamo questo caso: un tale dichiarato indegno si immette nel possesso dei beni ereditari. Poniamo che passati 30 anni lo erede vero s'accorge che l'altro è un indegno. Che cosa si può fare? Se l'indegno è incapace a succedere, allora egli contro l'azione dell'erede vero può difendersi soltanto adducendo l'usucapione delle singole cose realmente possedute; invece se lo indegno si reputa capace di acquistare l'eredità, ancorchè non abbia posseduto le singole cose ereditarie, all'erede che esercita l'azione dopo 30 anni, potrà dire: avevi il diritto ad escludermi dall'eredità, ma ora non più perchè son decorsi 30 anni dal giorno dell'apertura della successione, in cui nacque la tua azione, dunque questa è prescritta.

* Ammesso il principio che altro è l'incapacità altro l'indegnità, che l'incapacità si verifica ipso jure, l'indegnità

no, ma occorre l'esclusione dall'acquisto già compiuto, in quando l'indegno potest capere sed non potest retinere, è chiaro essere necessario la dichiarazione giudiziale all'indegnità. Dal momento che l'indegno potest capere sed non retinere, è nell'interesse privato la esclusione di costui e quindi bisogna intentare l'azione di annullamento dell'acquisto fatto dall'indegno, la quale azione quando porta al risultato della dichiarazione della indegnità fa sì che l'acquisto compiuto dallo indegno venga ad essere posto nel nulla. Invece per l'incapace questa dichiarazione preventiva non è necessaria; basta che l'erede agisca con la petizione di eredità contro l'incapace perchè il suo diritto venga riconosciuto. La necessità di una simile azione è ammessa espressamente dal codice germanico. Chi può intentare questa azione? Tutti gli interessati; non solo coloro che avrebbero diritto a concorrere insieme all'indegno, e coloro che avrebbero diritto a succedere in mancanza dell'indegno, cioè i parenti di grado ulteriore ma anche i creditori del coerede o dell'erede che succederebbe in luogo dell'indegno, in base all'art° 1234 C.C. Prima dell'apertura dell'eredità non si può esercitare quest'azione. Ancorchè una persona abbia commesso un attentato contro la vita del defunto o la libertà di testare e questo fatto è costato in giudizio penale o civile anteriormente all'apertura dell'eredità, in quel tempo non si può agire per dichiarazione d'indegnità, sia perchè è possibile la remissione da parte dell'offeso, sia perchè ancora non c'è interesse giuridico ad agire, in quanto tale interesse ad agire nasce

solo quando nasce il diritto corrispondente, cioè all'apertura dell'eredità.

Ma si può agire dopo che sia morto l'indegno? L'indegno muore dopo la persona della cui successione si tratta. Gli altri che hanno interesse a sottentrare in suo luogo, possono agire dopo la sua morte? È dubbia la quistione. Alcuni dicono no, trattandosi di una pena, la pena è personale, gli effetti della pena non possono estendersi contro l'erede. Questo è concetto falso; non si tratta di vera pena che ha carattere penale, corporale - ma di pena civile, di decadenza d'un diritto. Si tratta di diritti patrimoniali che si trasmettono dall'indegno ai suoi eredi; or come una persona aveva diritto a togliere questo patrimonio all'erede indegno avrà diritto a toglierlo a quelli che sono succeduti in sua vece. Solo in un caso non sarebbe possibile l'esperimento di questa azione, se l'indegno che era discendente o fratello del de cujus lasci eredi i figli; perchè questi, anche dichiarata l'indegnità hanno diritto di succedere per rappresentazione: in tal caso non v'è interesse ad agire. In quanto tempo si può sperimentare quest'azione? Per lo spazio di 30 anni. Ogni azione si prescrive in 30 anni. Qui si tratta non di un'azione per far dichiarare inesistente l'acquisto, si tratta d'un'azione di annullamento dell'acquisto già compiuto; queste azioni non possono prescriversi che in 30 anni. In un tempo più breve si prescrivono le azioni di annullamento che si riferiscono ai contratti; invece l'acquisto dell'eredità non è un fatto contrattuale e perciò bisogna applicare la

prescrizione trentennale. Qual'è l'effetto della dichiarazione giudiziale della indegnità in rispetto ai figli dell'indegno Nessuno. Gli antichi giureconsulti non erano di questa opinione, in quanto per costoro una volta avvenuta l'indegnità essa nuoceva anche ai figli. Il diritto consuetudinario francese fu pure di questo parere. Il Pothier ispirandosi ai principii cristiani sostenne non essere giusto che il fatto del padre dovesse nuocere ai figli innocenti ed ammise la possibilità che i figli dell'indegno succedessero in luogo dell'indegno. Questo concetto fu accolto dal Codice Napoleonico a metà, in qua t. si ammise per i figli dell'indegno la possibilità di succedere al de cujus per ragione propria, quando cioè non ci fosse un successibile di grado più prossimo; ma non anche per rappresentazione.— Invece il nostro codice ha accolto completamente quel concetto, ammettendo che i figli dell'indegno possano succedere non solo per ragione propria, ma anche quando ci siano parenti più prossimi, per diritto di rappresentazione.

Però il nostro codice ha voluto, concedendo questo favore ai figli dell'indegno, che l'indegno non ritraesse alcun profitto nemmeno indirettamente. Supponiamo che vi siano figli minori sottoposti alla patria potestà. Lo indegno, in questo caso, dovrebbe godere l'usufrutto legale sui beni acquistati per successione dai figli; ma la legge ha vietato ciò, appunto per evitare che l'indegno possa ritrarre dei vantaggi indiretti dalla eredità (art.^li 727 e 728). Se però i figli i quali per rappresentazione o

per ragione propria hanno conseguita l'eredità spettante al padre, muoiono, i beni che formano l'eredità di questi figli dell'indegno, ancorchè siano gli stessi che sono perve=nuti per la successione della persona verso cui il padre si mostrò indegno, pure passano al padre; ed è naturale; per=chè dal momento che i figli hanno accettato i beni del de cujus verso cui il padre si mostrò indegno, quei be=ni sono diventati beni dei figli e quindi da essi possono passare al padre.

Effetti rispetto ai coeredi. Rispetto ai coeredi avviene que=sto: che avvenuta la dichiarazione giudiziale d'indegnità i coeredi possono promuovere l'azione di petizione di ere=dità e l'indegno essendo considerato come possessore di ma=la fede, non solo deve restituire tutti gli oggetti eredita=ri, ma deve rendere conto di tutti i frutti percepiti e percipienti. Egli però ha diritto al rimborso delle spese ne=cessarie ed utili, dei debiti che avesse pagato nella sua qualità di erede; ma non può pretendere, come possesso=re di malafede, il diritto alla ritenzione secondo è sta=bilito dall'articolo 727 C.C. E ciò è giusto: siccome la in=degnità si basa su fatto delittuoso di cui non si può concepire l'ignoranza da parte dell'indegno e d'altra parte sa che per legge da questo fatto delittuoso deri=va la esclusione dalla eredità, l'indegno il quale si è immesso nel possesso dei beni, non si può considera=re che come possessore di malafede.

Effetti rispetto ai terzi. La questione è più importante. Che sarà dei diritti acquistati dai terzi prima della

dichiarazione giudiziale dell' indegnità? Se l' acquisto avvie=
ne dopo della dichiarazione giudiziale dell' indegnità, l'acqui=
sto è nullo, perchè da quel momento l' indegno non ha
alcun diritto. Ma che deve dirsi del tempo intermedio
quando il terzo poteva non sapere che la persona con
cui trattava fosse indegna o poteva immaginare che gli
interessati non agissero? Vi sono varie e discordanti opinio=
ni. Alcuni dicono che si risolvono anche i diritti dei
terzi, altri che i diritti dei terzi restano salvi, altri an=
cora che bisogna distinguere tra diritti acquistati a ti=
tolo gratuito da quell' acquistati a titolo oneroso. Tutte
queste opinioni si fondano su argomenti logici, astrat=
ti, razionali, non già su ragioni di ordine positivo.
Il nostro codice non disciplina la efficacia della in=
degnità rispetto ai terzi. Però non è esatto il dire
che gli acquisti fatti dai terzi restano sempre an=
nullati, perchè è contro il principio generale accolto
dal diritto nostro della tutela del diritto dei terzi.
Ma non si può d'altra parte dire, con sicurez=
za, che i diritti dei terzi restano sempre salvi; dal
momento che c'è la retroattività anche i terzi vi re=
stano implicati. Bisogna accogliere la terza opinione,
quella che distingue gli acquisti fatti a titolo onero=
so e gli acquisti fatti a titolo gratuito. E ciò in
applicazione dell'art° 933, in cui si dispone che
gli acquisti fatti dai terzi che hanno contrattato in
buona fede con l' erede apparente restano salvi, se
a titolo oneroso, invece restano resoluti se furono a

titolo gratuito. Ora l'erede indegno, ancorchè prima della dichiarazione giudiziale dell'indegnità si possa dire vero erede, in quanto che potest capere; pure avvenuta la dichiarazione giudiziale di indegnità, che ha effetto retroattivo, questa sentenza fa sì che anche per il tempo anteriore l'erede indegno non debba reputarsi erede, sebbene tutte le apparenze lo mostrassero tale. Che torto dunque ebbero i terzi a trattare con lui? Se essi furono in buona fede, i loro acquisti a titolo oneroso saranno salvi in base al principio di ordine positivo sanzionato nell'art° 933 capov.

Lezione Vª

Sommario

La capacità a succedere delle persone giuridiche - Persone giuridiche ecclesiastiche: santa Sede - Persone giuridiche straniere - Società commerciali - Disposizioni in favore di persone giuridiche, prove dell'esistenza legale al tempo dell'apertura della successione - Varie ipotesi -

Abbiamo visto nella passata lezione che oltre l'incapacità vera e propria c'è anche un'incapacità relativa (impropriamente detta incapacità) cioè la indegnità. Ma oltre i casi indicati dalla legge, non vi sono altri casi d'incapacità. Oggi per il diritto nostro non è incapace a succedere lo straniero, perchè lo straniero è equiparato al cittadino nel godimento dei diritti civili: non è incapace a succedere il religioso professo, perchè ha acquistato la piena capacità dei diritti civili e politici. Quindi la incapacità a succedere dello straniero e del religioso professo sono semplici ricordi storici. Oltre le persone fisiche, sappiamo che sono soggetti di diritti ed obbligazioni anche le cosidette persone incorporali o enti morali o persone giuridiche. Ora le persone giuridiche sono anch'esse capaci di succedere o no. Il Diritto romano aveva delle regole contrarie alla capacità delle persone giuridiche. Tranne il populus romanus il quale era pienamente capace, gli altri enti erano generalmente incapaci, come i comuni e gli altri collegi ancorchè rivestiti da

personalità giuridica. Solo per eccezione quando vi fosse qualche speciale concessione dell'autorità politica la corporazione poteva succedere per testamento. Invece la legislazione giustinianea, dato il favore che ebbe la religione cristiana e la influenza precipua di questa sulla nascita di enti nuovi che furono chiamati fondazioni, aventi scopi di beneficenza o di culto, largheggiò in vantaggio di queste persone giuridiche. Troviamo perciò nel diritto giustinianeo una larghezza non conosciuta prima dal diritto romano in favore della capacità di succedere di queste persone giuridiche appellate cause pie. Per il diritto nostro le antiche limitazioni del Diritto romano non si possono fare. La persona giuridica è per la legge nostra capace a succedere. Certamente la persona giuridica non avrà successione legittima come la persona fisica, perchè la successione legittima nella maggior parte dei casi presuppone il vincolo di famiglia, mentre la persona giuridica non ha famiglia. Ma ciò non esclude che vi siano dei casi di successione legittima in favore di persone giuridiche. Notevole è l'esempio dello Stato, che succede per successione legittima a coloro che non lasciano parenti nemmeno nel 10° grado. Oltre a ciò possiamo avere dei casi speciali di successione quando una legge sopprimendo certi enti destina il patrimonio di questi ad un determinato ente, come sarebbe ad es: il Fondo per il Culto. Questo è un caso di successione legittima. I casi più comuni però sono quelli di successione testamentaria, come è agevole pensare.

Ora quale regola deve valere per la capacità di succe=

dere delle persone giuridiche? Per le persone fisiche abbia=
mo visto che debbono avere esistenza al momento in cui
il de cujus muore, cioè che non debbono essere premor=
te ad de cujus, e che abbiano per lo meno esistenza i=
niziale ossia che siano concepite. Ora che cosa dobbiamo di=
re delle persone giuridiche? Le persone giuridiche risultano
da due elementi: un elemento materiale o di fatto, ed un
elemento formale. L'elemento materiale è dato dalla riunio=
ne di più tendenti al raggiungimento di uno scopo,
in caso di corporazioni, o da un gruppo di persone che so=
no semplicemente interessate al raggiungimento di uno sco=
po, come nelle fond.ni Inoltre è necessario che esista uno
scopo lecito, e infine che esista un patrimonio che condu=
ca al conseguimento di questo scopo. Quando questi tre ele=
menti concorrono insieme non si ha ancora la persona
giuridica, ma si hanno tutti gli elementi di fatto ne=
cessari perchè la persona giuridica sorga. Perchè si abbia
il soggetto capace di diritti e di obbligazioni, è necessario
l'elemento formale, cioè il riconoscimento da parte dello
Stato, il quale atto di riconoscimento non viene a creare
la persona giuridica, come alcuni ritengono, ma viene
ad integrare quegli elementi di fatto in modo tale che
questo nuovo elemento aggiungendosi agli altri dà la vita
all'ente. Ora, se nel momento della morte del de cujus
non ci sono tutti questi elementi riuniti insieme, non
si può dire che la persona giuridica esista. Applicando
la regola generale, si può dire che le persone giuridi=
che possono essere capaci, quando al momento della

morte dell' individuo hanno avuto il riconoscimento da parte dello Stato. Questa è la regola generale, poi verremo alle eccezioni. Poniamo che le persone giuridiche sussistano al tempo della morte del de cujus. sono tutte indistintamente capaci di succedere o bisogna fare delle distinzioni? Le persone giuridiche si distinguono in civili ed ecclesiastiche. Le ecclesiastiche sono capaci di succedere? Senza dubbio sì: Anche le persone giuridiche ecclesiastiche sono capaci di succedere. Una sola eccezione vi è nella nostra legge. Quelle persone giuridiche ecclesiastiche che mentre sono state soppresse in tutta Italia, sono state eccezionalmente conservate in Roma e nelle sedi suburbicarie, come benefizî semplici, cappellanie, legati pii, abbazie, chiese ricettizie sia di patronato ecclesiastico o di libera collazione, questi enti, siccome non possono acquistare più di quanto avevano al tempo della legge che eccezionalmente le conservò, non possono succedere. Si è fatta questione per il Papa. Si è domandato: il Papa nella sua qualità di Pontefice può acquistare per successione? Il Gianturco ha sostenuto l'opinione che il Papa non è capace di succedere. Egli ha detto: il Papa è rappresentante la Chiesa cattolica; la Chiesa cattolica non è persona giuridica - quindi il Papa non è capace di succedere nella sua qualità di Pontefice. Questa opinione però è errata, perchè se il Papa è rappresentante della Chiesa cattolica, è anche rappresentante di un altro ente che se è il perno della Chiesa cattolica, è distinto da essa, e questo ente è la

santa Sede. La santa Sede è persona giuridica riconosciuta dallo Stato? Senza dubbio, sì. Quindi il Pontefice come rappresentante della Santa Sede, è capace di succedere, in tale sua qualità. Le persone giuridiche sono non solo nazionali, ma anche straniere: vi sono persone giuridiche che esistono nel territorio dello stato italiano, ed hanno avuto il riconoscimento del governo italiano, sono persone giuridiche italiane; e ve ne sono altre che esistono in territorio straniero e non hanno avuto il riconoscimento dello stato italiano. Le persone giuridiche straniere sono capaci di succedere ad Italiani o a stranieri aventi dei beni in territorio italiano? La questione è molto dibattuta nel campo della dottrina perchè non vi è alcuna disposizione di legge che la risolva. Vi sono tre opinioni; alcuni dicono: le persone giuridiche straniere non sono capaci di succedere in Italia, tranne che non siano riconosciute espressamente anche dal Governo Italiano; altri - le persone giuridiche pel solo fatto che sono tali, senza bisogno di ulteriore riconoscimento, sono capaci di succedere ugualmente che le persone fisiche; la terza opinione è quella di coloro che distinguono le corporazioni dalle fondazioni, sostenendo che le corporazioni straniere sarebbero senz'altro capaci di succedere in Italia, invece le fondazioni non sarebbero capaci di per se stesse. Questa è l'opinione sostenuta dal professore Fiore. Questa opinione dobbiamo eliminarla come poco logica. Perchè questa distinzione? Il Fiore dice: le corporazioni hanno una

realtà di fatto, sono collettività di persone le quali sono considerate dalla legge come persona unica, la corporazione è un ente esistente e quindi ancorchè la corporazione sia straniera essa avrà capacità di succedere in Italia senza altro riconoscimento, così come hanno capacità a succedere le persone fisiche straniere. Invece la fondazione è un ente fittizio, è una creazione della legge e quindi questa persona giuridica non potrà esercitare la sua attività se non nei confini dello Stato che l'ha riconosciuta; epperciò in Italia avrebbe bisogno d'altro riconoscimento. Ma questa distinzione è inesatta, perchè qualunque teoria si accolga rispetto alle persone giuridiche, o la teoria della finzione o quella della realtà, tra fondazione e corporazione non passa differenza sostanziale; la differenza che v'è non consiste già nella mancanza d'uno degli elementi, cioè collettività di persone che esisterebbe nella corporazione e mancherebbe nella fondazione, ma nella prevalenza di un elemento sull'altro. Nella corporazione cioè, abbiamo la prevalenza dell'elemento delle persone, in quanto queste persone si presentano in modo sensibile, nella fondazione prevale l'elemento del patrimonio, ma l'elemento delle persone non è escluso dal concetto della fondazione, perchè anche qui v'è una collettività di persone; la quale, se non influisce sull'andamento dell'ente giuridico, non ne amministra il patrimonio, ecc; gode però passivamente i vantaggi che ne derivano. Ciò posto, o si ammette che la persona giuridica è una finzione ed al-

lora la stessa soluzione si deve accogliere tanto per le fondazioni che per le corporazioni, o si ammette che sia una realtà ed allora eguale soluzione si deve ammettere per le fondazioni e per le corporazioni.

Passiamo alle altre due opinioni. La prima teoria sostenuta principalmente dal Laurent è molto rigida: le persone giuridiche straniere non potrebbero succedere nello Stato ove non siano espressamente riconosciute. Ma si osserva in contrario: se la persona giuridica è un ente capace di diritti e di doveri, è equiparata alla persona fisica ne segue che gli stessi diritti che ha la persona fisica, deve averli anche la persona giuridica. Ora per il nostro codice abbiamo che gli stranieri sono equiparati ai cittadini nel godimento dei diritti civili. Art° 3 C.C. Chi, dunque, ci autorizza a restringere la parola stranieri alle sole persone fisiche, per non comprendersi le persone giuridiche? Non c'è alcuna ragione che ci autorizzi a fare questo. Noi anzi, tenendo conto dei due primi articoli del nostro codice, di cui il primo parla delle persone fisiche, il secondo di persone giuridiche, mentre il terzo di stranieri, senza distinzione, dobbiamo ritenere coerentemente ai principi della legge e alla lettera di essa che anche le persone giuridiche straniere siano equiparate alle persone giuridiche nazionali. Si obbietta che in questo modo, facendo la equiparazione, si viene ad arrecare un danno agl'interessi italiani, perchè così molte persone giuridiche non riconosciute in Italia (per es: le corporazioni religiose, soppresse in Italia e

riconosciute altrove) potrebbero succedere in Italia, il che sarebbe un assurdo, venendo gli stranieri a trovarsi in una condizione giuridica migliore dei nazionali. Si aggiunge ancora: siccome la personalità giuridica è effetto del riconoscimento dello Stato si può equiparare ad un atto legislativo, come questo, così il riconoscimento, non può avere efficacia oltre i confini dello Stato. Noi venendo ad ammettere in Italia la capacità delle persone giuridiche straniere, verremmo a subire una legge d'uno stato estero, ciò che è contrario al principio di sovranità dello Stato. Queste ragioni sono insufficienti. Anzitutto per i principî di diritto internazionale privato non è vero che il principio della territorialità della legge abbia valore assoluto; esso viene modificato molte volte dall'applicazione delle leggi straniere che lo stesso Stato italiano concede. Sappiamo che le disposizioni preliminari del C.C. negli art. 6 a 12 permettono appunto molte volte l'applicazione della legge straniera anche in materie che di per sè sarebbero d'ordine pubblico, come la capacità delle persone e i diritti di famiglia. Quindi niente di assurdo che l'atto della sovranità straniera che riconosce una persona giuridica, venga a produrre delle conseguenze anche in Italia. Non c'è paura poi per le congregazioni religiose, perchè anche nei casi in cui la legge straniera può avere applicazioni in Italia, pure a quest'applicazione si presenta un limite insuperabile: quando vi sono disposizioni di ordine pubblico italiano che contraddicono alle leggi straniere, queste non possono essere ap-

plicate. Ora è una disposizione di ordine pubblico quella che disconosce la personalità di certi enti, e quindi se una corporazione monastica riconosciuta in uno stato estero volesse pretendere la successione in Italia, la sua pretesa non troverebbe accoglienza in quanto è uno di quegli enti che per legge non è riconosciuto da noi. Però, sebbene le persone giuridiche straniere abbiano capacità di succedere in Italia, pure nello esercitare questo diritto debbono osservare le leggi d'ordine pubblico italiano, in modo tale che si tratta di un ente appartenente al novero di quelli che la legge italiana ha disconosciuti, non avrà capacità a succedere, ed anche quegli enti che sono della stessa categoria delle persone giuridiche riconosciute in Italia, debbono sobbarcarsi alle leggi d'ordine pubblico italiano. Così una delle condizioni volute dalle leggi italiane essendo la necessità dell'autorizzazione da parte del governo, la persona giuridica straniera che pretende la successione deve ottenere l'autorizzazione; se il governo non l'autorizza, non potrà pretendere l'eredità od il legato.

Un'altra questione si fa per le società commerciali. Le società commerciali sono capaci di succedere o no? Vi sono opinioni discordanti. Alcuni ritengono che non sono persone giuridiche, altri ritengono che sono una specie di persone giuridiche, ma di natura tutta propria. L'opinione dominante è che le società commerciali pur avendo una certa personalità, perchè sono distinte dalle persone dei soci, non possono succedere. Invece l'opinione che io seguo e che pare più giusta, è

quella del Giorgi e del Vivante. Dimostrato che le società commerciali siano persone giuridiche vere e proprie, sebbene abbiano dei caratteri per cui differiscono dalle corporazioni e dalle fondazioni, si deve ritenere che siano capaci di succedere, come qualsiasi altra persona giuridica, con questo limite però, che le successioni devolute alle società commerciali debbono servire per gli stessi scopi per cui esse esistono le società, cioè per l'andamento dell'azienda commerciale.

La quistione più importante nasce non quando le persone giuridiche sussistono al tempo della morte del de cujus, ma quando non sussistono. A tale proposito bisogna distinguere diverse ipotesi: 1° il testamento pone la base della persona giuridica, in quanto, destinando il patrimonio ad uno scopo, costituisce l'atto stesso di fondazione della persona giuridica. 2° il testamento dispone in favore di un ente che funzioni di fatto come persona giuridica ma non è ancora riconosciuta. 3° il testatore non mette le basi della persona giuridica, nè dispone in favore di un ente già esistente di fatto, sebbene non riconosciuto; ma prevede la ipotesi che un ente giuridico possa sorgere dopo la sua morte ed in favore di esso dispone 4° il testatore dispone in favore di associazioni le quali hanno esistenza di fatto, ma non possono avere riconoscimento dall'autorità politica perchè appartengono a quella categoria di enti che lo Stato italiano ha soppressi, come sono le corporazioni monastiche

Vediamo il valore delle disposizioni nei varî casi. Il

caso più importante, e più discusso, è quando una persona nel suo testamento lascia il patrimonio o parte di esso per erigere un ospedale, un orfanotrofio, per fondare una borsa di studio, ecc. Questa disposizione è valida o è nulla? Alcuni romanisti pedanti, o esageratamente attaccati al principio che la persona del successibile dev' essere vivente al tempo della morte del de cujus, risposero che tale disposizione è nulla in quanto che in questo caso si dispone in favore di una persona che non esiste: l' ospedale che il testatore vuole che si fondi non ha alcuna esistenza al tempo della morte del testatore, in quanto manca tuttora il riconoscimento dello stato. Però anche nel Medio Evo per il diritto comune vi furono degl' interpreti più larghi i quali, ispirandosi alle esigenze della vita pratica, ritennero valide simili disposizioni e ciò anche per influenza del diritto canonico che cercò di favorire le fondazioni a scopo religioso o di beneficenza. La quistione rinacque ai nostri tempi in Germania. Un certo banchiere lasciò tutto il suo patrimonio per la fondazione di un museo industriale che doveva portare il suo nome. Gli eredi legittimi impugnarono di nullità il testamento, che beneficava un ente che non esisteva, perchè non era ancora persona giuridica al tempo della morte del testatore. I giureconsulti si scissero in due parti, ma l' opinione prevalente fu favorevole alla validità della disposizione. La quistione si agitò anche in Francia, ma lì prevalse l' opinione che la donazione o

il lascito fatti in favore di un ente futuro fosse valida solo se fatti in modo indiretto. La disposizione cioè sarebbe stata valida, se fosse stata fatta così: lascio tutto il mio patrimonio a Tizio; ma questi avrà l'obbligo di erogarne una parte per fondare un ospedale, un museo. In questo caso c'è una persona vivente, soggetto del patrimonio, solo questa persona avrà l'obbligo di farne un uso determinato. In maniera indiretta si possono beneficare enti non esistenti, non già in maniera diretta. Questa è la opinione prevalente in Francia. Anche in Italia sorse la quistione a proposito di un tale Mascimbeni di Pavia, che lasciò il suo patrimonio per erigere una fondazione che doveva avere scopo di beneficenza per quelle persone che avessero lo stesso suo cognome. In Italia si divisero le opinioni dei giuristi; e sul proposito si scrissero molte monografie. Quelli che sostenevano la nullità della disposizione diretta in favore dell'ente da fondarsi, non avevano che un solo argomento derivante dal diritto romano e cioè essere necessario che esista al momento della morte del de cujus la persona che deve succedere, perchè altrimenti manca la continuità tra successore e de cujus, c'è un intervallo di tempo in cui il patrimonio resta senza padrone. Quindi costoro si basano sul principio generale accolto dalla legge romana e dalle leggi moderne, cioè che il successore deve esistere al tempo della morte dell'autore. Molti altri invece sostennero l'opinione contraria. Si disse: che era ridicolo ammettere che si potesse favori=

re in maniera indiretta quegli enti che non si potevano favorire in maniera diretta. Non siamo più al tempo del formalismo romano. Se il testatore può, usando l'espediente d'istituire una persona erede coll'obbligo di erogare il patrimonio per l'erezione di un ente, lasciare le proprie ricchezze in favore di un ente che non esiste al tempo della sua morte, tanto vale concedergli la facoltà di beneficare l'ente direttamente. Vi sono poi degli articoli del nostro codice, dai quali si può argomentare la validità della disposizione diretta. L'art° 832 dispone che sono valide le disposizioni in favore dei poveri, anche espresse genericamente. La Congregazione di Carità s'impadronisce in questo caso del patrimonio per erogarlo in favore dei poveri. Qui abbiamo una persona incerta che non esiste al tempo della morte del testatore, eppure per legge una tale disposizione è valida. Ora, se invece di lasciare il patrimonio in favore dei poveri, si dice: lascio il patrimonio per fondare un ricovero di poveri, un ricovero di mendicità, non è forse lo stesso scopo che si propone il testatore, anzi più determinato? Perchè in quel caso la disposizione deve essere valida e qui nulla? L'altro art° dal quale si può argomentare la validità di una tale disposizione è l'art° 833.

Qui si dice che sono nulle le disposizioni ordinate al fine di istituire benefizî semplici, cappellanie laicali ed altre simili fondazioni. La nullità è forse dovuta al fatto che l'ente non esiste, o ad

altra ragione? La ragione è che questi sono enti che non possono avere riconoscimento dalla legge. Argomentando a contrario si può dire: se è nulla la disposizione allo scopo di istituire beneficî semplici, cappellanie laicali, vuol dire che non sono nulle le disposizioni tendenti ad istituire degli enti che non abbiano la natura dei beneficî semplici e delle cappellanie laicali. Inoltre per l'art° 902 C.C. una persona può lasciare il suo patrimonio per soccorrere l'indigenza, per legati di maritaggio, per soccorsi in premio alla virtù o al merito o per altri oggetti di pubblica utilità. Ora se tutto ciò è permesso, perchè non sarà possibile la validità del lascito fatto apposta per fondare un istituto di maritaggio, delle borse di studio in favore di studenti poveri, ect? La forma della disposizione non dice niente, non influisce sulla sostanza. E infine il nostro C.C. non richiede già che il successibile sia venuto alla vita al tempo della morte del de cujus; si contenta dello stato embrionale, basta che una persona sia concepita. Eppure il concepito non è persona, non è uomo. Può venire alla luce vivo e vitale, ma può anche essere estratto dal seno materno morto. Eppure la legge prevedendo la possibilità che, venendo alla luce, nasca vivo e vitale, lo considera capace di succedere. Ora che si ha quando una persona lascia il patrimonio ad ente da erigere? Al momento della morte del testatore si trova che quest'ente sussiste nello stato embrionale. Infatti che cosa

bisogna per far sussistere una fondazione? L'elemento di fatto e l'elemento di diritto. L'elemento di fatto è costituito dal patrimonio, dallo scopo e dalla collettività di persone interessate. A tutto questo poi si aggiunge il riconoscimento dello Stato. Ora quando muore il testatore che ha lasciato il suo patrimonio per una fondazione, la persona giuridica è nello stato embrionale in quanto il patrimonio c'è, lo scopo c'è, non manca la classe di persone interessate per il raggiungimento di questo scopo; si sono tutti gli elementi di fatto per l'esistenza della persona giuridica e quindi si ha una condizione analoga a quella d'una persona istituita erede che sia soltanto concepita. Se la legge pose il principio che per le persone fisiche "conceptus pronato habetur" per coerenza logica dobbiamo ammettere lo stesso principio per le persone giuridiche; dimodochè come la legge per le persone fisiche non volle la vita completa e si contentò di una vita iniziale, così per le persone giuridiche basta che siano nello stato embrionale al momento in cui il testatore muore, perchè siano capaci di succedere. Si obbiettava però da altri che essendo il principio "conceptus pronato habetur" un'eccezione di legge, questa eccezione deve mantenersi nei limiti della legge e quindi non si può applicare alle persone giuridiche. Ma oggi questa questione si può fare per mero ricordo storico, perchè la legge 17 luglio 1890 sulle opere di beneficenza la ha risolta tassativamente. Nel=

l' art° 84 di questa legge si dice, che quando un notaio che redige un testamento pubblico o pure apre un testamento depositato presso di lui vede che si contengono disposizioni che in modo diretto o indiretto tendono a fondare nuovi istituti di beneficenza, egli deve avvisare il Sindaco, e questo la Congregazione di Carità, la quale prenderà i provvedimenti opportuni perchè l' ente sia riconosciuto dal Governo. E nella relazione il senatore Lalenda dichiarò che nell' art° 54 si adoperò la frase " in modo diretto o indiretto„ per eliminare appunto l' antica questione, se le disposizioni fatte in modo diretto per far sorgere una nuova fondazione, fossero disposizioni valide. Così s'è dato un altro strappo al vecchio principio romano che non ha un valore razionale, ma storico; in quanto si possono istituire dei successori che non hanno ancora esistenza perfetta, completa al tempo della morte del de cujus.

Può darsi l' altro caso, che al tempo della morte di una persona sussista di fatto un ente che non abbia avuto ancora riconoscimento dallo stato. Mettiamo che un Catanese generoso lasci il patrimonio in favore dell' ospizio degli orfanelli esistente nella Barriera del Bosco, ospizio che non è stato ancora riconosciuto dallo stato. Può questo Catanese lasciare o no il suo patrimonio all' ospizio? Questa ipotesi è differente dalla precedente: nella ipotesi studiata il testatore stesso metteva la base del nuovo ente, mentre qui abbiamo un' altra ipotesi, cioè che le basi dell' ente sono già poste ed il testatore lo voglia

beneficare come se avesse completa personalità giuridica che dobbiamo decidere? Ragioni logiche e giuridiche ci consigliano la soluzione identica del caso precedente. Se è valida la disposizione fatta in favore di un ente che ancora non ha funzionato praticamente, a tanto maggior ragione deve dirsi valida la disposizione in favore di un ente il quale ha già avuto le sue basi. Ci pare strana l'opinione del Gabba e del Pacifici-Mazzoni, i quali, mentre ritennero valida la disposizione in favore di una fondazione da erigere, ritennero poi invalida la disposizione in favore di una fondazione già esistente di fatto. Questi autori dissero che quando una persona lascia il suo patrimonio per erigere una fondazione, ha la piena coscienza di ciò che fa; invece quando il testatore nomina erede o legatario un ente sussistente in fatto, può essere indotto dalla falsa credenza che abbia piena capacità giuridica, ed è perciò che la disposizione è nulla. Noi, però osserviamo che non basta la semplice possibilità dell'errore per rendere nulla la disposizione testamentaria, ma occorre la prova dell'errore; e dippiù, ancora, non basta provare che vi fu errore, ma per le disposizioni del nostro codice (art° 828) bisogna provare che l'errore fu la causa unica o principale della disposizione. Quindi poniamo pure che una persona anche dotta in materia di diritto, vedendo che l'ospizio esiste e funziona, creda erroneamente che sia persona giuridica e lascia ad esso il suo patrimonio, bisognerà sempre indagare se tale errore fu causa unica o prin-

cipale della sua determinazione. Se ciò non riesca provato, la disposizione è valida. E poi è sempre questione di fatto vedere se l'errore ci sia o no; a priori non si può dire che solo perchè una persona ha beneficato un ente esistente di fatto sia in errore. Però quando questo caso si verifica, la disposizione, notate, deve intendersi fatta sotto la condizione che l'ente acquisti personalità giuridica. Non è necessario, come vogliono gli autori francesi, che il testatore apponga questa condizione nel suo testamento, si presume che egli abbia voluto beneficare quest'ente in modo efficace e quindi sotto la condizione che esso venga riconosciuto come persona giuridica, di modo che se l'ente non venga posteriormente riconosciuto, il lascito si avrà come nullo, perchè questo ente di fatto in tanto può avere capacità a succedere, in quanto sia pure in tempo posteriore, abbia il riconoscimento dello Stato.

Terza ipotesi: una persona lascia il suo patrimonio o parte di esso all'ospedale che sarà per essere fondato dal Municipio di Catania in qualsiasi tempo. È valida questa disposizione o no? Evidentemente è nulla, perchè mancano gli estremi di fatto che concorrono a giustificare la risoluzione accolta nelle precedenti ipotesi. Nella prima ipotesi, l'ente si trovava nello stato embrionale, nel secondo caso l'ente funzionava e aveva esistenza pratica; nel terzo caso invece abbiamo che il testatore vuole beneficare un ente che non intende fondare, e che non ha al tempo di sua morte, nemmeno esistenza di fatto, ma che potrà aver-

la o no in un tempo lontano ad arbitrio di altra persona. Abbiamo così incertezza assoluta della persona e quindi in questo caso dobbiamo ritenere nulla la disposizione.

Ultima ipotesi: il testatore beneficia un'associazione, la quale non può avere mai diritto al riconoscimento dello Stato, per es: una corporazione religiosa monastica. Simile disposizione è nulla in generale, perchè sebbene di fatto sussiste l'ente, pure quest'ente non potrà mai avere capacità giuridica. In un solo caso la disposizione potrebbe essere valida, quando il testatore in modo esplicito o implicito, volendo beneficare l'ente beneficasse in realtà i singoli soci, di modo che tutti quanti i componenti la corporazione non riconosciuta dallo Stato abbiano il loro diritto alla successione per una quota parte. Così fanno molti per beneficare una corporazione soppressa; o fanno un lascito in favore del capo di questa corporazione, oppure nominano tutti i singoli formanti parte dell'associazione, perchè tutti i singoli possano come persone fisiche avere diritto a succedere, ancorchè facciano servire il patrimonio acquistato per gli scopi dell'associazione

Lezione VIª

Sommario

Il terzo requisito dell'eredità: la vocazione ereditaria. I patti successori - Indole - Specie - Cenni storici - Ragioni del divieto - Condizioni perchè vi sia un patto successorio - Eccezioni indirette - Diritto transitorio - Internazionale privato - Differenza tra i patti successorii e la donazione causa mortis -

Oltre la morte di una persona e la esistenza di una altra che deve succederle, occorre un altro requisito per la devoluzione dell'eredità: la cosiddetta vocazione ereditaria. In che consiste? Essa non è altro che il titolo o fondamento giuridico per cui una persona può pretendere la successione d'un defunto. Non è perciò da confondere con la devoluzione, come molti fanno: la devoluzione presuppone la vocazione, di cui costituisce una conseguenza, perchè allora può aver luogo la devoluzione di una eredità in favore di una persona, quando questa abbia per sè la vocazione, abbia cioè il titolo per succedere. Per il diritto nostro due sono le specie di vocazione ereditaria: la legale e la testamentaria; giacchè non si può essere erede se non in virtù di legge o di testamento. Si può succedere o per dichiarazione di ultima volontà (successione testamentaria) o senza tale volontà (successione legittima propriamente detta) o anche contro tale volontà (successione necessaria).

Ma tanto nel caso che si ha il diritto di successione, in mancanza di testamento, quanto nel caso che pur esistendo il testamento e non essendo in esso contemplati si ha il diritto alla quota di legittima o di riserva, la vocazione ereditaria è sempre legale. La legge in un caso si sostituisce alla mancante volontà dell'uomo; nell'altro le si impone in maniera coattiva. Oltre la vocazione ereditaria legale e testamentaria, la legge nostra non conosce quella che si potrebbe dire pattizia, la quale pur venne riconosciuta in altre legislazioni. Però ciononostante è utile spiegare in che essa consiste, studiando l'indole e gli effetti dei cosidetti patti successorii o contratti ereditarî. Conformemente al principio: viventis non datur haereditas, i patti successorî sono vietati. Patti successorî son tutte le convenzioni che hanno per oggetto una eredità futura. Se ne distinguono tre specie: i patti d'istituzione, detti anche patti successorii confirmativi: patti rinunciativi e patti dispositivi. La prima specie ha per oggetto l'eredità di uno dei due contraenti; la seconda quella di un contraente o di una persona estranea: l'ultima riguarda sempre l'eredità di un terzo. I patti d'istituzione non sono altro che un testamento irrevocabile in forma di contratto. Essi non contengono una semplice promessa di istituire in futuro: ma la concessione attuale del diritto ad avere l'eredità: sono insomma una istituzione di erede collegata alla rinunzia del diritto di revoca. (I patti di istituzione sono antichissimi: anzi storicamente si può dire che da

loro sia sorto il testamento stesso. In Grecia l'istituto di adozione teneva luogo di testamento, quindi valeva come patto successorio. In Roma il testamento per aes et libram aveva forma contrattuale e nel diritto germanico perchè succedessero persone che non erano parenti, c'era l'istituto dell'affatomia). I patti d'istituzione hanno luogo tra la persona che deve succedere e quella a cui si deve succedere.

I patti rinunciativi o rinunzie a eredità future, sono quelli in cui una persona che presuntivamente ha diritto di successione ne fa rinunzia o con colui al quale dovrebbe succedere o con altri che succederebbe in sua vece. Patti dispositivi sono quelli con cui si dispone di una eredità futura, cioè si dona, si vende, ecc; a favore di un estraneo.

Il Diritto romano proibì assolutamente i patti d'istituzione. Quale la ragione? Secondo alcuni sarebbe stata quella di evitare il votum captandae mortis, il votum corvinum, detto così perchè quelli che aspiravano all'eredità, desideravano come i corvi di vedere cadavere la persona a cui dovean succedere, e ciò per i corrotti costumi di Roma repubblicana, in cui, come attestano poeti satirici e comici, avvennero gravi delitti, uccisioni e venefizii per poter presto impossessarsi di una eredità. Ma forse la ragione giuridica prevalente che mosse i Romani a quel divieto fu la libertà della testamenti factio, la quale secondo Ulpiano juris pubblici est, e quindi non è derogabile dal

la volontà privata. Però è da notare che il Diritto ro=
mano faceva una eccezione pel testamento dei militari,
perchè il diritto dei militari era in tutto privilegiato
e non costretto dalle pastoie dell' jus civile. Una novel=
la dell' imperatore Leone stabilì la validità del patto
di istituzione, nel caso che fosse assicurata un' eguale
porzione ai germani del figlio istituito. Però questa no=
vella non fece parte della compilazione giustinianea,
quindi perdette vigore di legge. Riguardo ai patti rinun=
ciativi il Diritto romano, li proibiva anche espressamen=
te e in modo assoluto. Per i patti dispositivi invece li
permetteva se avessero per oggetto la eredità di persona
indeterminata, oppure anche di persona determinata, quan=
do questa vi acconsentisse. Solo però essa non restava ob=
bligata a trasmettere l' eredità. Se la persona era deter=
minata e non si aveva apprestato il suo consenso, non
solo il contratto era nullo, ma anche l' eredità deferita
a quello che ne aveva preventivamente disposto per con=
tratto, gli era tolta come ad indegno, perchè egli ad=
versus bonos mores et contra jus gentium festina=
vit: perchè è cosa indegna essere sollicitum de vivi
haereditate.
Nel Diritto Medio-evale italiano i patti d' istituzio=
ne non furono ammessi; però furono riconosciuti i ri=
nunciativi, specie in occasione di matrimonio, per favo=
rire il sesso maschile e per i principî monastici della
povertà; onde il monaco entrando nella vita religiosa
rinunziava alla successione che gli spettava

Il Diritto germanico invece non tenne conto dei princi=pî romani e ammise la validità dei patti successorî senza distinzione alcuna. Nel Diritto consuetudinario francese, al contrario, come attesta Pothier, erano ammessi i patti successorî solo nel contratto di matrimonio sia rinunciativi che d'istituzione. 1°) Ordinariamente le figlie rinunciavano nel loro contratto di matrimonio in corrispet=tivo della dote che veniva loro costituita alla successione dei genitori che li costituivano, a favore dei loro fratelli o del fratello maggiore solamente.

2°) Il Diritto consuetudinario francese non ammetteva isti=tuzione di erede perchè haeredes Deus solus facere po=test, pur nondimeno in favore del contratto di matri=monio acconsentiva che potesse aver luogo una volontaria istituzione di erede per atto contrattuale. E perciò tale patto successorio fu chiamato istituzione contrattuale, no=me che per se stesso potrebbe applicarsi a tutte le isti=tuzioni avvenute per patti, ma che dai giuristi france=si era dato solo a quelli che avevano luogo nel con=tratto di matrimonio, perchè solo in questo caso era pos=sibile un'istituzione di erede, mentre in tutti gli altri haeredes nascuntur non scribuntur.

Nel Codice Napoleone se fu proibita la rinunzia all'eredità anche nel contratto di matrimonio (art° 1369) fu però permessa l'istituzione contrattuale che fu concepita quale la definisce Pothier come « una do=nazione che qualcuno (cioè ascendente non solo, ma an=che un parente qualunque o anche un estraneo) fa

della successione in tutto o in parte ad uno degli sposi o ai figli che nasceranno dal matrimonio futuro» (Art° 1082 C.C.) Cf Pothier Statuti d'Orleans. ap. all'Introdur. tit. XVII n 17) La istituzione per contratto essendo una donazione che l'istituente fa della sua successione alle persone istituite, e scopo di essa essendo il rendere la persona istituita erede dello istituente, ne segue che non si può effettuare che alla morte dell'istituente e diviene caduca qualora la persona istituita muoia prima di lui. Il Codice Napoletano (art° 1038) ammise anch'esso la istituzione contrattuale in questo senso specifico. Invece il Codice Italiano ha abolito tutti i patti successorî tornando non solo ai principî del Diritto romano, ma essendo ancora più rigoroso. Infatti non solo proibisce i patti d'istituzione, ma nemmeno ammette, come il Cod. Nap. la istituzione contrattuale a causa del matrimonio, non solo proibisce i patti rinunciativi, ma anche i dispositivi, quando anche riferiscano a eredità di persone indeterminate, e la persona della cui eredità si tratta abbia prestato il suo consenso. (Cf art^{i} 1118-1380-1460-954)

Quali le ragioni del divieto? Per i patti d'istituzione la ragione del votum corvinum è poco seria: la possibilità del votum captandae mortis si riscontra anche in altri casi: anche la rendita vitalizia, anche le assicurazioni sulla vita, anche le donazioni tra vivi, la cui esecuzione sia differita alla morte possono importare quel votum, eppure non sono

atti proibiti. La libertà di testare non ha quel valore di diritto pubblico che aveva a Roma; e poi se la libertà di testare viene ad essere limitata, ne guadagna viceversa la libertà di contrattare. Il divieto di pacta dispositiva viene sorretto dalla ragione della lesione che è inerente a tale negozio giuridico. Perchè la grandezza della lesione dipende da tre circostanze: 1°) dalla durata della vita del de cujus; 2°) dal fatto che il presunto erede in realtà può non essere tale; 3°) dagli aumenti o diminuzioni del patrimonio del de cujus. Ma nemmeno tale ragione è sufficiente, perchè la lesione è inerente a tutti i contratti aleatorî, e ciò senza il rimedio della riscissione, rimedio che l'equità reclamerebbe. Finalmente solo il divieto dei patti rinunciativi può essere giustificato in quanto tende a mutar l'ordine di successione stabilito dalla legge, che è di diritto pubblico, e a far restare i beni in una famiglia o a creare così un vincolo sui beni e una specie di manomorta. Per tali ragioni filosofi del diritto come Bolone e Rosmini e giuristi come Giorgi, Cimbali, Filomusi Guelfi, non riconoscono giustificato innanzi a principî di ragione e di pratica utilità il divieto dei patti successorî. E invero le ragioni che il Pisanelli addusse nella Relazione al Senato sono ben lievi e di nessuna importanza. Egli addusse per ragione principale che altrimenti la proprietà rimarrebbe incerta e precaria, il credito immobiliare ne sentirebbe offesa, e tutto il sistema

ipotecario sarebbe turbato e sconvolto, e poi che si metterebbe un limite alla libertà di testare. Ma contro il Pisanelli s'osserva che non vi è paese in cui la pubblicità dei rapporti fondiarii sia meglio ordinata, che in Germania; eppure ivi è riconosciuta la validità dei patti successorî. Si sarebbe potuto ovviare richiedendo la trascrizione del patto successorio. In quanto alla libertà di testare, essa soffre tante limitazioni che questa non sarebbe la più gravosa. Perciò crediamo che bene abbia fatto il Cod. Civ. Germanico, ad ammettere la validità dei patti successorî senza limite alcuno, anche dei patti rinunciativi; (§ 2346 e seg) ed in ciò ha seguito la tradizione germanistica, abbandonando quella del Diritto romano.

Le condizioni del patto successorio sono tre: 1°) che la convenzione sia fatta prima dell'apertura della successione di cui si tratta; 2°) che la cosa oggetto del contratto debba prendersi dalla successione medesima; 3°) che sia considerata come una cosa che debba appartenere al promissario successionis causa. La prima condizione è necessaria, perchè a rendere illecita la convenzione non basta l'intenzione delle parti, se questa non corrisponde al fatto: come in caso che la successione è già aperta e i contraenti non sapendo la considerano come futura. La seconda perchè se la cosa non appartiene all'eredità, ma è già fuori di essa, manca la ragione del divieto, come per es: nell'ipotesi di alienazione di cosa

che ci spetti per donazione la quale avrà esecuzione alla morte di una persona. Finalmente per la terza condizione non si ha patt successorio, qualora si ha diritto ad avere una cosa al tempo della morte, non già a titolo di erede o di legatario, ma per diritto di credito già acquistato per titolo diverso, come appunto nella ipotesi di donazione da avere effetto al tempo della morte

Si ha patto successorio ogni volta che l'oggetto sia dovuto a titolo di eredità o legato, consista in tutto il patrimonio, in una quota parte o in un oggetto singolo. Ma è necessaria la mala fede, ossia la scienza che esistono quelle tre condizioni? No, ancorchè vi sia buona fede, il patto è illecito. Ma se manca alcuna di quelle condizioni e vi sia la intenzione di fare un patto successorio sarà illecita la convenzione? No, perchè allora non si ha un patto intorno a successione futura, la intenzione che non ha avuto effettuazione non cade nel dominio del diritto.

Il codice nostro in conformità dei principii esposti ha proibito anche quelle convenzioni che potrebbero mascherare un patto di successione futura. Perciò sono proibite le donazioni di beni futuri (Art° 1064) Nella società universale non si può pattuire di rendere comune la proprietà dei beni futuri (Artic° 1701).

Vi sono però, nella nostra legge, delle eccezioni

indirette al principio del divieto dei patti successorî.
Ai patti d'istituzione v'è un'eccezione nella divi=
sione fatta da un ascendente tra i proprî discen=
denti. La quale divisione può aver luogo non solo
nella forma di testamento, ma anche in quella di
atto tra vivi, donazione. Ragioni sono l'evitare le di=
scordie tra i figli « ut a fraterno certamine eos
praeservent, et occasiones litium dirimantur » il ri=
sparmio delle spese di divisione.
Ai patti di rinunzia si può ravvisare un'ec=
cezione nello artº 811 il quale dispone che non si
può domandare l'imputazione o collazione dei
beni alienati a un legittimatario a capitale
perduto o con riserva d'usufrutto da quelli dei
legittimarî che abbiano dato il loro assenso all'a=
lienazione. Vi è dunque qui un'implicita rinun=
zia alla collazione e quindi un'implicita ri=
nunzia alla cosa che per diritto di successione
sarebbe spettata.
Ai patti di disposizione recano eccezione le norme
che riguardano gli eredi presuntivi dell'assente
nel periodo dell'immissione temporanea. Essi pos=
sono amministrare, percepire le rendite ed alienar=
ne sotto certe formalità. Quindi per consegui=
re questi scopi han facoltà di venir tra loro.
a divisioni e transazioni per ciò che riguarda
l'amministrazione e la percezione delle rendite
Però non possono transigere o alienare in favore

di terze persone i beni ereditarî, perchè non ancora immessi nel possesso definitivo. Finalmente eccezioni sono anche la communione tra i coniugi e la società universale, solo però riguardo al godimento dei beni futuri, la costituzione di dote su beni futuri; in questi casi deve ritenersi che si abbia riguardo alla successione di persona indeterminata. Suppongasi ora un contratto che ha per oggetto una successione aperta, e nel tempo stesso un'eredità futura, esso come si dovrà ritenere valido o nullo? Gli autori distinguono: se il contratto è gratuito sarà valido in parte, cioè rispetto alla successione aperta soltanto. Se invece è oneroso, bisogna vedere se il corrispettivo possa o no scindersi, come se siasi pattuito un prezzo diverso per le due eredità: in tale ipotesi tutto si riduce a quistione di fatto. I patti successori, compiuti sotto la legislazione precedente che li riconosceva come validi, sono validi ancorchè la successione siasi aperta sotto l'impero della nuova legge che non li riconosce. Così è stato deciso per le istituzioni contrattuali. Art.° 27. E ciò è giusto, perchè altrimenti la legge nuova avrebbe avuta efficacia retroattiva su fatti già validamente compiuti. Solo per le rinuncie le disposizioni transitorie hanno stabilito che la nuova legge si applica ad esse retroattivamente (Art° 22).

I patti successorî compiuti da uno straniero,

e sopra eredità di uno straniero, la cui legge na=
zionale li ritiene validi, debbono essere riconosciuti va=
lidi anche in Italia ancorchè qui si apra la successio=
ne dello straniero. (art° 8 disp. prel.) Infine per completare
l'argomento è utile notare come non siano da confondersi
coi patti successori, benchè taluni scrittori antichi le
abbiano confuse, le donationes mortis causa - La do=
nazione causa mortis era in Diritto romano una
donazione determinata dalla contemplatio mortis,
e che quindi aveva efficacia subordinata alla pre=
morienza del donante, il quale inoltre ne poteva
esercitare validamente il diritto di revoca. È mani=
festo quindi come la donazione causa mortis non
possa confondersi col patto successorio. Perchè, come
avvertiva già il Pothier, il patto d'istituzione è
piuttosto donazione tra vivi che mortis causa, in
quanto che il diritto è irrevocabilmente acquista=
to dal momento della convenzione: l'istituente non
ha nessun diritto di revoca come il donante.
E che siano istituti differenti, lo prova il fatto
che nel Diritto romano era permessa la donazio=
ne causa mortis e non l'istituzione contrattua=
le, nel diritto consuetudinario francese era permes=
sa l'istituzione contrattuale non la donazione
mortis causa. Dunque non si può dire che nel
diritto nostro la donazione causa mortis sia proibita,
perchè patto successorio. La ragione della proibizione
è ben diversa e si deve ricercare nel diritto con=

suetudinario francese. Gli statuti di Parigi (art° 273 e d'Orleans art° 383) formularono la massima: «donare e ritenere non vale» Il donare e il ritenere ha luogo quando il donante si è riservata la facoltà di disporre liberamente della cosa donata o che ne rimanga proprietario fino alla morte. Quindi il principio che si trova negli stessi Statuti: «Donation a cause de mort ne vaut rien» (art° 160 De la coutûme de Blois). Perciò gli Statuti consideravano nulla anche la donazione fatta da chi si trovasse affetto da malattia mortale, perchè si presumeva fatta mortis causa.

Ora, avendo il nostro codice accolto implicitamente il principio "donare e ritenere non vale" ne segue che ha proibito anche la donazione mortis causa come contradditoria ad esso. Il codice infatti definisce la donazione come "atto di spontanea liberalità col quale il donante si spoglia attualmente e irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta" (art° 1055); mentre la donazione causa mortis manca appunto dei caratteri dell'attualità e della irrevocabilità.

Lezione VIIa

Sommario

Acquisto dell'eredità - I varii sistemi legislativi - La massima "il morto impossessa il vivo„ ne' varii periodi storici - Le varie opinioni intorno al sistema seguito dal cod. civ. ital. - Valore di quella massima nel nostro codice - Conseguenze

Dopo aver parlato dei presupposti della eredità, bisogna discorrere dell'acquisto dell'eredità. Come, e in qual tempo si acquista l'eredità? Vi sono a proposito varii sistemi, seguiti dalle varie legislazioni. I sistemi sono tre: 1°) Acquisto dell'eredità ipso jure, cioè acquisto per lo stesso fatto dell'apertura della successione senza bisogno di speciale dichiarazione da parte dell'erede; 2°) Acquisto mediante l'accettazione, cioè dichiarazione di volontà da parte dell'erede; 3°) Acquisto mediante la dichiarazione giudiziaria ossia il decreto del magistrato che immette nel possesso dell'eredità. Tutti questi tre sistemi furono seguiti nel Diritto romano a seconda i varî casi. L'acquisto ipso jure ebbe luogo per gli haeredes sui et necessarii, i quali acquistavano l'eredità ipso jure, per il solo fatto della morte del de cujus, senza bisogno di speciale dichiarazione. Il sistema dell'accettazione (aditio), fu seguito anche nel Diritto romano per tutti quegli eredi che non

avessero carattere di sui, e che perciò non potevano acquistare l'eredità se non manifestando la loro volontà; il terzo sistema fu accolto nel Diritto romano per i casi di successione non considerati dal jus civile, ma dal diritto pretorio, cioè quelli in cui si aveva la bonorum possessio. Nel Diritto Giustinianeo scomparve la distinzione tra la haereditas e la bonorum possessio, e il sistema generalmente seguito fu quello dell'accettazione, della aditio haereditatis. Nel diritto moderno le varie legislazioni seguirono questi varî sistemi, non tutti e tre cumulativamente, ma ciascuna legislazione ha adottato un diverso sistema. Nel Codice Francese ed anche nel Codice civile Germanico si segue il principio dell'acquisto ipso jure, cioè l'acquisto si verifica nel momento stesso dell'apertura della successione, senza bisogno dell'atto di accettazione; nel Codice Sassone abolito dal Codice civile Germanico era seguito il sistema dell'accettazione; nel Codice Austriaco si segue il sistema della dichiarazione giudiziaria, ossia è necessario il decreto del magistrato perchè lo erede possa acquistare l'eredità. Qual'è il sistema seguito dal codice nostro? Per rispondere a questa domanda, tutt'altro che facile bisogna fare brevemente la storia dell'acquisto dell'eredità nel medio evo, nelle consuetudini francesi per venire nel codice nostro.

Nel medio-evo prevalse la massima, sconosciuta

nel Diritto romano « il morto impossessa il vivo».
Qual' è il significato di questa massima? Ebbe essa un significato costante o ebbe un significato diverso secondo i diversi periodi di tempo? Quale influenza ebbe sul codice Napoleonico e quindi sul codice nostro? Veramente gli storici del diritto sono discordi tra loro nell' assegnare le origini di questa massima e nel valutarne il significato. Però dalla fissazione del significato di essa dipendono delle conseguenze pratiche e quindi è importante vedere se i nostri codici che l' hanno riprodotta, la intesero riprodurre nel suo significato letterale, riferendosi alla trasmissione della proprietà; ossia se con essa si intende significare che a favore dello erede c'è un possesso fittizio, oppure se in favore dell' erede, in base appunto a quella massima, si trasmette anche la proprietà ipso jure. Questa massima pare sorta nel Diritto Germanico antico, in cui aveva un significato del tutto naturale e semplice. Nel Diritto Germanico antichissimo non c'era proprietà vera e propria, ma c'era la cosidetta Gewehre, che non si può confondere nè col possesso romano, nè colla proprietà; era un titolo misto che aveva del possesso e della proprietà, era un possesso a cui si aveva diritto, non un semplice possesso di fatto, ma un possesso per così dire di diritto. Inoltre questa Gewehre non apparteneva all' individuo come tale, ma al gruppo familiare, onde morendo una per=

sona del gruppo le altre non facevano un acquisto nuovo, in quando quella specie di proprietà risiedeva precedentemente in loro, e quindi esse si trovavano nel possesso delle cose ereditarie senza bisogno di compiere alcun atto speciale nè di presa di possesso materiale, nè di dichiarazione di volontà. Vigendo nel Diritto Germanico la vera comproprietà di famiglia, la vera proprietà collettiva, la morte di uno del gruppo non importava un vero e proprio trasferimento di questa proprietà ad altri, importava mancanza d'uno dei soggetti e perciò semplice estensione dell'esercizio del diritto che già si aveva. Perciò ove uno morisse, si poteva dire benissimo che il possesso passava dal morto al vivo senza bisogno di alcuna materiale apprensione, di atto giuridico speciale, perchè l'erede si trovava già ad avere il diritto, e non faceva un nuovo acquisto. Scomparsa la proprietà collettiva della famiglia, negli stessi popoli germanici, la massima "il morto impossessa il vivo„ che nel diritto anteriore antichissimo poteva servire ad indicare appunto quel fatto semplice, naturale che abbiamo spiegato, incominciò ad avere un altro valore. Siccome la proprietà più non risiedeva nel gruppo familiare, ma nell'individuo la massima "il morto impossessa il vivo„ valse, almeno secondo le indagini storiche ultime, a denotare un fatto anche semplice, cioè che l'erede poteva immettersi nel possesso delle cose ere-

ditarie senza bisogno di nessuna forma solenne di pubblicità. Dovete sapere che per acquistare un diritto nel medio-evo c'era bisogno di forme solenni, le quali dovevano osservarsi quando il possesso o la proprietà si trasmetteva per atto tra vivi; ma non essendo esse necessarie per la successione causa mortis, si spiegò, o meglio, si espresse una tale differenza con la frase imaginosa e pittoresca "il morto impossessa il vivo„ che così valse soltanto a significare il fatto che l'erede poteva immettersi nel possesso senza bisogno di alcuna formalità legale. Contenuta la massima in questo significato, non apporta niente di nuovo nel Diritto romano l'erede poteva immettersi nel possesso, senza bisogno di formalità solenni, salvo il caso in cui bisognava la immissione nel possesso del Pretore. La massima incominciò veramente a mutare significato quando fu applicata al diritto feudale. Per principio del Diritto feudale c'era bisogno ad ogni passaggio di feudo da una persona ad un'altra, della investitura del Signore. L'investitura era quella che faceva passare il diritto sul feudo. Questa investitura non solo consisteva in formalità solenni, ma importava l'obbligo di pagare una tassa di successione detta di relevio. Applicando alle trasmissioni del feudo, mortis causa, la massima di diritto civile "il morto impossessa il vivo„ i giuristi vennero ad ottenere la conseguenza pra=

tica importante di non assoggettare l'erede alla formalità dell'investitura e di liberarlo così dal pagamento della tassa. Perchè, dissero, se il morto stesso impossessa il vivo, nessun bisogno c'è dell'investitura e nessun bisogno quindi di pagare la tassa per mutamento di proprietà, perchè il passaggio è avvenuto nel momento stesso della morte. Così quella massima che per se stesso aveva un significato innocuo, poco importante, trasferita dal diritto civile al feudale, pur restando tale e quale nella sua formula esteriore, ricevette un significato sostanziale diverso, in quanto mentre nel diritto civile significava solo che l'erede poteva immettersi nel possesso senza forme solenni, nel secondo caso venne a significare non solo che il possesso passava di diritto dal defunto all'erede ma che passava il diritto stesso sul feudo, senza nuova investitura. Quando questa massima incominciò ad avere uguale importanza nel diritto civile? È dubbio. Il fatto però è questo che leggendo le opere del Pothier, del Lebrun, del Domat, che trattarono del diritto consuetudinario francese, si vede che costoro interpetrarono la massima "il morto impossessa il vivo" che si trova nelle consuetudini francesi, nel senso che ad essa venne dato dal diritto feudale; e dissero che significava non solo il possesso trasmettersi di diritto dalla persona del defunto a quella dello

erede, di modo che l'erede non ha bisogno di fare alcun atto materiale di possesso per potersi ritenere possessore; ma qualche cosa di più cioè la proprietà stessa delle cose ereditarie, tutti i diritti ereditarî, l'eredità in una sola parola trasmettersi ipso jure nel momento della morte, senza bisogno di alcun atto speciale di accettazione. Il Pothier specialmente, confrontando il diritto consuetudinario francese col Diritto romano dice, che mentre nel Diritto romano l'eredità si acquistava soltanto coll'accettazione, nel diritto consuetudinario francese si acquista ipso jure in base alla massima « il morto impossessa il vivo „ Inoltre il Pothier illustrando questa massima dice che essa significa che il <u>morto</u>, ossia la persona della cui successione si tratta, impossessa, ossia si reputa che trasmette all'erede tutti i suoi diritti, tutte le sue azioni, e le sue obbligazioni, di modo che il vivo, ossia l'erede, chiamato a succedere, diventa proprietario dei beni, creditore dei crediti, debitore dei debiti del defunto, senza bisogno di atto speciale, di dichiarazione di volontà o di immissione nel possesso. Questa è la opinione del Pothier seguita da altri e che precedette la formazione del Codice Francese. In questo il legislatore sanzionò la vecchia massima, ma non spiegò il significato di essa. Quale significato ha questa massima nel Codice Francese?

Gli stessi autori francesi sono discordi. La maggio=ranza sostiene giustamente che il codice francese sebbene parli di possesso, pure intenda parlare di tra=smissione della stessa proprietà e di trasmissione del diritto e ciò in base all'opinione del Pothier il qua=le così intendeva la massima. Altri sottilizzando di=cono che quando il codice sanzionò il principio che il possesso passa dal defunto all'erede intese parlare di possesso, nel suo significato tecnico. È ve=ro, dicono costoro, che il Pothier intese diversamen=te quella massima, ma il Pothier non aveva bene studiato la storia, perchè studiando questa si vede che la massima non ebbe il significato di fare trasferire la proprietà dalla persona del defunto all'erede, ma riguardò la trasmissione del possesso soltanto senza materiale apprensione. Benis=simo il possesso può passare, ma da ciò non si può desumere che passi anche la proprietà ipso jure. Però anche questi autori che così ra=gionano, ammettono che la proprietà di beni e=reditarî si trasmetta di diritto dal defunto allo erede, ma ciò essi non fanno derivare dall'art° del codice in cui si parla di passaggio del possesso, ma dai principî generali e dalla tra=dizione storica. In fondo non si fa che una questione di parole non di sostanza. Invece que=stione di sostanza si fa per il codice nostro.
Il nostro codice seguendo l'esempio del codice

Francese e di tutti gli antichi codici Italiani dispone nell'art° 925 che il possesso dei beni del defunto passa di diritto nella persona dell'erede senza bisogno di materiale apprensione. Come si deve interpetrare quest'art°? Da questo art° si può desumere che l'eredità si acquista ipso jure, non ostante che il codice parla di possesso, oppure bisogna limitare il significato di esso al solo possesso? E se anche si voglia limitare al solo possesso, in qual momento passa questo singolare, al momento dell'apertura dell'eredità, oppure al momento dell'accettazione?

In Italia sono tre le opinioni che dividonsi il campo. Alcuni dicono che dal nostro codice si è seguito il sistema del Diritto romano, cioè che l'eredità si acquista con l'accettazione ed al tempo dell'accettazione non solo si trasmettono tutti i diritti che aveva il defunto, ma si trasmette anche il possesso. Cosicchè la massima sancita nell'art° 925 non apporterebbe altro che un'eccezione ai principî generali, per cui il possesso per se stesso è intrasmissibile, onde per acquistarlo ci vuole il fatto proprio del possessore, ma non significa altro. L'altra opinione è che prima dell'accettazione si acquista il possesso, non la proprietà, non il diritto; prima dell'accettazione per il solo fatto dell'apertura dell'eredità, l'erede è immesso per legge nel possesso delle cose ereditarie, ma la proprietà dei beni o il diritto sull'eredità non si acqui=

sta che al momento dell'accettazione. La terza opinione è che tanto la proprietà che il possesso si acquistano prima dell'accettazione, cosicchè con l'apertura della successione si trasmettono di diritto la proprietà dei beni, i crediti, le passività, ed anche il possesso delle cose ereditarie, dal defunto all'erede senza che intervenga l'accettazione, la quale ha una funzione diversa. Quale opinione è da seguire? A dire la verità tutte e tre le opinioni hanno il loro fondamento. L'opinione di quelli che dicono che tanto la proprietà che il possesso non s'acquistano che coll'accettazione, si fonda sul significato letterale dell'art° 925. Questi autori sostengono che detto articolo importa soltanto eccezione al principio generale che il possesso si acquista col fatto materiale, che per il possesso ci vuole l'apprensione. La legge non dice che questo possesso fittizio che gli antichi giureconsulti chiamavano possessio ficticia civilissima o artificialis, si trasmette nel momento della morte, e perciò non è logico fare dire alla legge una cosa che non dice; ma è più logico (seguendo i principî generali del diritto, secondo i quali per acquistare qualsiasi diritto ci vuole la volontà di colui che acquista), credere che si acquisti anche il possesso delle cose ereditarie solo quando interviene l'accettazione. E poi ciò è conforme alla tradizione storica. Perchè non essendovi nel diritto Italiano la tradizione che c'è in Francia intorno al significato della massima, è più giusto seguire il sistema della ne-

cessità dell'accettazione. Quelli che dicono che prima dell'accettazione si acquista il possesso, non già la proprietà, hanno anch'essi le loro ragioni. Non è vero, essi dicono, che il possesso si acquista solo dopo l'accettazione, perchè il contrario si desume da parecchi artⁱ del nostro codice e precisamente dagli artⁱ 952, 959 e 962. Nell'art° 959 il codice suppone che vi sia un erede che non abbia fatto l'accettazione e che sia in via di fare l'accettazione col beneficio dell'inventario e dispone che se questo erede è nel possesso reale dei beni deve compiere la formalità dell'accettazione col beneficio dell'inventario entro un dato periodo di tempo. Ora da questo art° si argomenta in contrario che vi può essere un erede il quale non sia nel possesso reale dei beni, ma sia nel possesso fittizio artificiale. Perchè la legge dice: « si trova nel possesso reale dei beni » e perchè il codice nell'art° 962 adopera la frase « nel possesso reale dell'eredità » se non per mettere in antitesi il possesso reale col possesso fittizio, di cui parla nell'art° 925? La parola reale non si capirebbe se non ammettendo che la legge adopera tale parola perchè suole mettere in contrapposizione la idea di possesso reale con un altro possesso eccezionale, fittizio, e quindi un erede non ancora accettante, che sia nel possesso reale, con un erede egualmente non accettante, che abbia soltanto il possesso fittizio o legale dei beni ereditarî. Ora se questo è vero, argomentando a contrario, se la legge ingiunge un ter-

mine perentorio per l'accettazione quando si è nel possesso reale, è evidente che la legge presuppone che prima dell'accettazione si abbia un possesso ideale. Perciò, dicono questi autori, in base alla lettera della legge non è vero che solo con l'accettazione si acquista tanto la proprietà che il possesso; si acquisterà la proprietà, non già il possesso. La confutazione però di questa seconda opinione è facile, perchè come mai si può concepire che con l'apertura dell'eredità passi il possesso dei beni ereditarî senza che passi la proprietà stessa? Anzi nello stesso Diritto romano in riguardo agli haeredes sui et necessarii, se si concepiva la trasmissione ipso jure della proprietà, non si concepiva la possibilità della trasmissione del possesso. Gli haeredes sui et necessarii per avere il possesso delle cose ereditarie dovevano fare atto di materiale apprensione, perchè il possesso è sempre cosa di fatto. Se la legge ha permesso il passaggio ideale del possesso, che per se stesso non potrebbe avvenire, a fortiori ha dovuto ammettere il passaggio dei diritti stessi; e solo così si viene meglio a giustificare il passaggio del possesso, appunto perchè è possibile giustificare il passaggio del possesso dal defunto all'erede quando si concepisca il possesso come accessorio del diritto stesso di proprietà, come diritto che fa parte di quel complesso che si chiama eredità. Più giusta è perciò la terza opinione cioè che il passaggio avvenga ipso jure tanto della proprietà che

del possesso. Perchè? Prima di tutto per ragioni storiche. Il codice nostro è modellato sul codice Francese, e non è dubbio, a parte tutte le sottilizzazioni, che il codice Napoleonico con quell' art° in cui dice. il possesso passa di diritto dal defunto all'erede. abbia voluto sanzionare l'opinione del Pothier, allora prevalente. Quell' opinione potrà essere non vera, a noi poco importa; ma importa invece se fu l'opinione che ebbe valore nel momento in cui fu formulato il codice. Se poi, com'è indubitato, nel codice Francese si volle significare con quella massima non già il passaggio del possesso soltanto, ma il passaggio di tutti i beni ereditari, dei diritti, delle azioni, delle obbligazioni; è evidente che anche lo art° 925 del nostro codice si deve interpetrare nel medesimo modo. Nè si può dire che ciò non sia conforme alla tradizione storica italiana; perchè se noi consultiamo gli antichi statuti italiani, troviamo che molti di essi seguivano la massima « il morto impossessa il vivo» Finalmente un altro argomento in favore della nostra opinione si desume dalla connessione tra l'art° 925 e gli art^i^ precedenti. Nell' art° 923 si parla del momento dell' apertura dell' eredità, nell' art° seguente si parla del requisito della sopravvivenza dell' erede, allo scopo della devoluzione dell' eredità, nell' art° 925 si parla della trasmissione del possesso e tutti questi articoli si trovano sotto il titolo « dell' apertura della successione»,

sicchè si deve dire che se il codice avesse voluto far dipendere il possesso dall'accettazione, non sarebbe stato questo il luogo opportuno per parlarne. Oltre questi argomenti d'indole generale, vi sono argomenti d'indole consequenziale. Vi sono nel nostro codice, come nel codice Napoleonico disposizioni che difficilmente si spiegano, non ammettendo il principio del passaggio alla proprietà dal defunto all'erede prima dell'accettazione. Così nell'art° 939 si sanziona come principio generale la trasmissione dell'eredità non ancora accettata. Tizio muore e lascia erede Cajo, il quale muore prima d'aver accettato. Gli eredi di Cajo hanno diritto ad accettare l'eredità non accettata dal loro autore? Si. Nel Diritto romano valeva invece la regola che la trasmissione della eredità non ancora accettata non era possibile, tranne in quattro casi eccezionali. E ciò, perchè l'eredità non si acquistava ipso jure, ma solo coll'accettazione, onde prima di essa il chiamato all'eredità aveva solo il diritto d'accettare, che, venendo considerato come personale, non veniva ad essere trasmesso ai suoi eredi. Invece se pel nostro codice, pur essendo principio generale che soli i diritti patrimoniali si trasmettono, vediamo che l'eredità non ancora accettata si trasmette agli eredi di colui che non l'aveva accettata, vuol dire che il defunto non aveva una semplice facoltà personale, ma qualche cosa di più e precisamente un diritto entrato a

far parte del suo patrimonio. La spiegazione così riesce agevole, senza bisogno di ricorrere a delle sottigliezze, ammettendo il principio dell'acquisto ipso jure dell'eredità senza bisogno dell'accettazione; mentre, invece se si parte dal principio contrario della necessità dell'accettazione il principio sancito nell'art° 939, non si può giustificare che ricorrendo a dei sotterfugi, a delle sottigliezze dicendo che il diritto d'accettare pur essendo personale, è reso dalla legge trasmissibile per eccezione ai principii generali. Inoltre vi è un argomento molto più serio. Ammesso il principio che l'eredità si trasferisce solo coll'accettazione, ne verrebbe la conseguenza logica che nel periodo intermedio tra la apertura dell'eredità e la sua accettazione l'eredità sarebbe giacente. Invero il caso tipico dell'eredità giacente nel Diritto romano era questo; tra l'apertura e l'accettazione, siccome non si sapeva chi potesse essere l'erede, la legge tutelava questo stato di sospensione coll'istituto dell'eredità giacente. Invece il nostro codice, quando parla dell'eredità giacente contempla tutti gli altri casi fuorchè questo, appunto perchè nel periodo intermedio tra l'apertura e l'accettazione l'erede c'è, essendosi l'eredità trasmessa di diritto dal defunto allo erede. Il significato perciò dell'art° 925 non deve essere ristretto al passaggio del solo possesso, ma dev'essere esteso fino a comprendere il passaggio della proprietà, dei diritti, delle azioni, delle obbligazioni. Ciò posto,

se bisogna interpetrare quest'articolo in senso lato, non bisogna però perdere di vista il senso stretto. Quando il codice dice « il possesso dei beni del defunto passa di diritto nella persona dell'erede senza bisogno di materiale apprensione, intende dire che si trasmette anche il diritto, la proprietà. Ma vi sono dei casi in cui l'erede non ha di diritto il possesso delle cose ereditarie, si potrà dire forse in questo caso che l'eredità non si trasmette in questi casi ipso jure? No; dalla trasmissione del possesso noi possiamo argomentare la trasmissione della proprietà, ma non possiamo fare il ragionamento inverso; e dire che nei casi in cui manca la trasmissione del possesso, ipso jure, manchi anche la trasmissione della proprietà. Questo ragionamento sarebbe contro la logica. Se incontriamo un erede che non ha il possesso di diritto delle cose ereditarie, non significa perciò ch'egli non abbia acquistato la proprietà ipso jure. Se il passaggio del possesso ipso jure non si può spiegare, se non presupponendo anche il passaggio immediato di tutti i diritti che formano il compendio ereditario; viceversa si può comprendere benissimo la trasmissione immediata dei diritti che non trascini seco anche l'acquisto del possesso ipso jure. Il codice Francese enumera molti casi in cui non si ha il possesso dei beni ereditarii senza ma=

teriale apprensione; e ciò avviene per i cosiddetti suc=
cessori irregolari, ossia i figli naturali, il coniuge super=
stite, lo Stato. Significa questo che per il codice Francese
dette persone che non hanno il possesso fittizio, non ab=
biano acquistato l'eredità prima dell'accettazione? No.
Nel nostro codice rimane traccia di questa anomalia
rispetto ai figli naturali - Art° 927 C.C. - Mentre tutti
gli eredi hanno prima dell'accettazione il possesso dei
beni senza bisogno dell'apprensione, i figli naturali non
hanno tale possesso, ma debbono richiederlo ai figli legit=
timi con cui concorrono (art° 927); eppure, secondo noi,
non può negarsi, che spettando loro la qualità di eredi,
non acquistino la loro quota ereditaria ipso jure - Una
tale anomalia però non è giustificabile, anche perchè
il codice nostro non fa la distinzione tra successori
regolari ed irregolari. E poi, perchè mettere in una
diversa posizione i figli naturali rispetto ai figli legit=
timi? È giusto che i figli naturali abbiano una quo=
ta minore ai legittimi, ma non è equo ammettere
una tale diversità. Lo stesso legislatore francese concesse
il possesso di diritto anche ai figli naturali con la
legge speciale del 25 marzo 1896.

Spiegato così il significato generale della massima, bi=
sogna spiegare il significato specifico. Che vuol dire il pos=
sesso passa di diritto dalla persona del defunto a quel=
la dell'erede? Che l'erede per il solo fatto che è
erede che continua (per usare la frase comune impro=
pria) la persona giuridica del defunto, come sottentra

in tutti i diritti, azioni ed obbligazioni del defunto, così sottentra nel possesso, sebbene il possesso per se stesso sia cosa di fatto. La prima conseguenza che deriva dall'applicazione di questo principio è che l'erede può mettersi nel possesso dei beni ereditarî senza bisogno di chiedere il permesso a chicchessia. Altra conseguenza è che l'erede può sperimentare tutte le azioni possessorie che appartenevano al defunto, sebbene non sia nel possesso di fatto delle cose ereditarie. Quindi poniamo che il defunto abbia posseduto legittimamente per sei mesi un immobile e che dall'apertura dell'eredità siano passati altri sei mesi. Sebbene in questo secondo periodo di sei mesi l'erede non abbia avuto mai il possesso materiale dei beni ereditarî, pure se è turbato può agire colle azioni possessorie, perchè aggiungendosi al possesso reale del defunto, il possesso fittizio o ideale dell'erede si ha un possesso oltre annale. Così anche l'erede può intentare l'azione di spoglio, sebbene non abbia avuto mai il possesso materiale, che sia stato tenuto un tempo qualsiasi dal defunto (art° 926). Per la stessa ragione l'erede compie l'usucapione dei beni lasciati dal defunto, ancorchè egli mai sia stato nel possesso di essi. Supponiamo che il defunto sia stato possessore per pochi giorni d'un immobile e che il possesso sia stato legittimo. Ancorchè poi siano trascorsi 29 anni dalla morte del defunto senza che mai l'erede si sia immesso nel possesso materiale di questi beni, egli, congiungendo il suo pos=

sesso fittizio col possesso reale del defunto, avrà il diritto di accampare l'usucapione.

Un'altra conseguenza è che l'erede ha il possesso non solo delle cose che per diritto ereditario gli spettano in proprietà, ma anche delle cose che non gli spettano. Poniamo che trattasi di erede testamentario e che nel testamento siano legate delle cose dell'eredità a diversi legatari. Or questi debbono chiedere all'erede il possesso delle cose legate (artº 863). Quindi di queste cose legate fino a che il possesso materiale non è concesso ai legatari, è l'erede che ha sempre il possesso fittizio civile, quand'anco non abbia il possesso reale. Infine un'altra considerazione: dal momento che il possesso dell'erede è un possesso fittizio, ideale, un possesso che non ha niente di materiale, può darsi la possibilità che di quelle cose stesse ereditarie una terza persona ne abbia il possesso effettivo. Ora appunto in previsione di questa ipotesi la legge concede all'erede il diritto di agire con le azioni di manutenzione o di spoglio. Il fatto che nell'erede risiede il possesso ideale non esclude la possibilità che il terzo abbia il possesso reale; e quindi può ancora accadere che questi acquisti il diritto di agire contro l'erede con le azioni possessorie o compia addirittura l'usucapione. A questo punto sorge una grave controversia. Ammesso che l'eredità si acquista ipso jure, come conciliare questo principio con l'altro che si trova sanzionato negli stessi Statuti Francesi, negli Statuti Italiani e nel codice nostro, cioè, che nessuno è erede se non vuole?

A prima vista le due cose fanno a pugni, perchè se l'eredità s'acquista ipso jure senza l'accettazione, parrebbe venirne la conseguenza che chiunque è chiamato all'eredità dovesse essere erede contro sua volontà. La frase «nessuno è erede se non vuole» invece significa che occorre una dichiarazione di volontà, cioè l'accettazione.

Ora l'accettazione che valore ha rispetto allo acquisto immediato dell'eredità? Ecco la questione grave e controversa che cercheremo risolvere nella lezione ventura.

Lezione VIII^a

Sommario

Come si concilii la trasmissione ipso jure dell'eredità con la necessità dell'accettazione. Importanza pratica della quistione. I varî sistemi seguiti per risolverla. Il nostro sistema: sua dimostrazione.

Nella passata lezione cercammo di dimostrare come anche per il Diritto nostro deve ritenersi che l'eredità si acquista ipso jure; al momento dell'apertura della successione. Ma notammo come di fronte al principio del passaggio immediato della eredità ipso jure, c'era un altro principio che si contrapponeva ad esso e che senza dubbio ne doveva limitare la efficacia; principio che il diritto consuetudinario francese formulava colla massima « nessuno è erede se non vuole», in contrapposto all'altro « il morto impossessa il vivo». Gli stessi commentatori del diritto consuetudinario francese si proposero il problema che noi cerchiamo di risolvere, cioè: come si conciliano questi due principii? Quale è la efficacia che spiega il principio « nessuno è erede se non vuole», sull'altro? Ma i commentatori non seppero risolvere adeguatamente il problema e adoperarono delle frasi vaghe.

La questione si è agitata sotto l'impero del codice civ. francese. I commentatori di esso si sono domandati: dal momento che nel diritto francese tutti gli eredi sono haeredes sui, per usare il linguaggio del Diritto roma=

no, perchè acquistano ipso jure l'eredità ma non sono haeredes necessarii, in quanto l'accettazione sempre ci vuole; dobbiamo ritenere che la trasmissione della eredità al momento dell'apertura della successione sia incondizionata e definitiva, dimodochè l'accettazione equivalga semplicemente ad una conferma, ad una consolidazione dell'acquisto già compiuto, oppure dobbiamo ritenere al contrario che l'accettazione sia condizione sospensiva dell'acquisto dell'eredità, in modo tale che questo avvenga sì ipso jure, ma condizionatamente al fatto se l'accettazione si avveri; e quindi fino all'accettazione non ci sia un diritto di proprietà definitivo, pieno, ma un diritto di proprietà condizionato, sospeso dalla condizione dell'accettazione? Questa questione è importante risolvere, per le conseguenze pratiche, specialmente nel diritto francese dove mancano alcune disposizioni che sono nel codice nostro. Perchè, se l'eredità è acquistata in modo definitivo e l'accettazione non funziona che come semplice consolidazione, come semplice conferma dell'acquisto avvenuto nella stessa guisa del *beneficium abstinendi*, concesso dal Diritto romano agli eredi sui et *necessarii*, ne vengono due conseguenze: basta il semplice fatto che uno sia chiamato all'eredità, perchè i creditori, i legatari possano agire contro di lui per avere il pagamento dei debiti o dei legati senza dimostrare che abbia fatto atto di accettazione. Gli antichi dicevano: *filius ergo haeres*, cioè tu sei figlio, o chiamato alla eredità in genere, dunque sei erede,

dunque paga i debiti, paga i legati. Dimostrato che un tale ha la qualità di figlio, o in genere è chiamato all'eredità, ne deriva l'obbligo in costui di pagare, perchè l'acquisto dell'eredità si è compiuto ipso jure nel giorno stesso dell'apertura della successione. Onde, ammesso questo principio, colui che è chiamato in giudizio in qualità di erede avrebbe il dovere di dimostrare che, sebbene chiamato all'eredità pur non di meno ha compiuto atto di rinunzia, ha distrutto colla sua volontà il diritto che gli era stato definitivamente concesso dalla legge. Ancora un'altra conseguenza pratica. Supponiamo che per un certo periodo di tempo il chiamato all'eredità nè accetta nè rinunzia, non dichiara in alcun modo la sua volontà. Trascorsi 30 anni dal giorno dell'apertura dell'eredità, questo erede che non s'è pronunziato, deve ritenersi accettante oppure rinunziante? Se si parte dal concetto che l'eredità si trasmette ipso jure in modo definitivo e che l'accettazione non serve che a convalidare, a confermare l'acquisto avvenuto, ne viene la conseguenza necessaria che trascorso il periodo di tempo per la prescrizione senza che il chiamato all'eredità abbia fatto atto di accettazione o di rinunzia, egli deve ritenersi come accettante, poichè dal momento che egli è diventato erede in modo definitivo e l'accettazione è un di più che convalida, il suo silenzio non può spiegarsi che come accettazione. Invece, se si ritiene che l'accettazio=

ne è condizione sospensiva dell' acquisto ereditario le conseguenze saranno diverse. 1°) Chi agisce contro un erede del pagamento dei debiti ereditarî non solo deve provare che il convenuto ha la vocazione ereditaria, ma ancora che ha fatto atti d' accettazione. 2°) Passati i 30 anni senza che sia avvenuta dichiarazione di sorta, da parte dell' erede, mancando l' accettazione ch' è condizione sine qua non dell' acquisto ereditario l' erede deve ritenersi rinunziante. Ecco perchè è praticamente importante sapere come funziona l' accettazione, cioè se l' acquisto ereditario avviene in modo definitivo perchè l' accettazione non è che una conferma, e quindi la rinunzia ha efficacia di condizione risolutiva dell' acquisto già compiuto; oppure se invece si deve ritenere che l' accettazione sia condizione sospensiva dell' acquisto ereditario che così, coll' apertura della successione seguirebbe in modo non definitivo, ma sospensivo: onde la rinunzia equivarrebbe a impedimento dell' avverarsi di quella condizione necessaria per il definitivo acquisto dell' eredità.
Gli autori Francesi hanno seguito diverse opinioni che si discutono anche nel diritto nostro. Una prima opinione poco seguita in Francia è quella che l' acquisto ereditario avvenga sotto condizione sospensiva. I pochi autori che hanno seguita questa opinione, sono partiti dalla lettera della legge, in quanto è detto nell' art° 777 corrispondente all' art° 933 del codice nostro, che l' effetto dell' accettazione risale al

momento dell' apertura della successione. Questi autori hanno ragionato in tal modo: se l' accettazione ha effetto retroattivo al momento della morte del de cujus, vuol dire che essa ha efficacia di condizione sospensiva. Altri invece hanno notato che quest' argomento, per se stesso dice troppo poco o niente, in quanto v' ha oltre l' articolo del codice in cui si sanziona il principio «il morto impossessa il vivo» parecchi altri in cui si suppone la qualità di erede, anche in chi non abbia ancora accettato. Così il codice Francese nell' artº 785, corrispondente all' articolo 945 del codice nostro, dice che chi rinunzia all' eredità si considera come se non fosse stato mai erede. Ciò vuol dire, dicono quegli autori, che prima della rinunzia si era eredi. Perciò prima della rinunzia e quindi anche senza accettazione, l' eredità è definitivamente acquistata, e la rinunzia ha efficacia di risolvere l' acquisto già compiuto. Gli uni e gli altri però si fondano su argomenti più o meno letterali, che di per sè non hanno gran valore. Altri finalmente ricorrono ad un' altra idea. Dicono: no, non bisogna accogliere nè l' una nè l' altra di queste opinioni. Vero è che il passaggio dell' eredità avviene ipso jure al momento dell' apertura della successione, ma avviene soltanto per ciò che essa presenta di favorevole all' erede, mentre per ciò che presenta di sfavorevole, di svantaggioso è necessaria la accettazione.

Bisogna distinguere due specie di saisine héréditaire

attiva e passiva. La saisine passiva, il trapasso cioè delle obbligazioni non avviene prima che siasi verificata l'accettazione in modo tale che l'erede incorre in tutte le obbligazioni del defunto solo quando abbia accettato, mentre la saisine attiva, solamente si ha ipso jure, cioè il chiamato all'eredità diventa proprietario dei beni e titolare dei diritti reali e dei crediti del defunto, pel solo fatto dell'apertura della successione senza che faccia atto alcuno di dichiarazione di volontà.

Queste sono le opinioni che si sono manifestate in Francia. Che ne diremo noi? L'ultima opinione è da rigettarsi non solo nel diritto nostro, ma anche nel diritto Francese. Non si può fare questa distinzione del lato passivo e attivo della eredità, in quantochè l'eredità è un universum jus che comprende l'insieme delle attività e delle passività e non si possono scindere le une dalle altre. Ove si ammetta che il trapasso delle attività avvenga senza dichiarazione di volontà dell'erede, si deve ammettere lo stesso per le passività. Anzi il codice francese connette espressamente l'obbligo di pagare i debiti del defunto col passaggio immediato dei beni (art° 724 cod. civ. francese) Più seria è la seconda opinione che è prevalente in Francia e che ha avuto molti seguaci in Italia, fra cui il Filomusi Guelfi che ha fatto studi speciali in tema di successioni. Secondo questa opinione, l'eredità anche

nel diritto nostro passa ipso jure dal defunto allo erede in modo irrevocabile, definitivo, e l'accettazione non è richiesta ad altro che a confermare, a convalidare l'acquisto già avvenuto. Quindi da un canto la rinunzia sarebbe condizione risolutiva dell'acquisto già avvenuto; dimodochè si può dire che coll'apertura dell'eredità, questa ipso jure, in modo definitivo, sotto la condizione risolutiva della rinunzia; e dall'altro l'accettazione non funzionerebbe come condizione, ma come approvazione, come conferma, dell'acquisto avvenuto già definitivamente. Perciò l'accettazione non sarebbe altro che rinunzia al diritto di rinunziare all'eredità. L'accettazione così avrebbe una funzione meramente negativa in quanto vale rinunzia al diritto di rinunzia. La rinunzia invece avrebbe una funzione positiva, verrebbe a distruggere ciò che s'è acquistato validamente. Gli argomenti su cui si fonda questa opinione, sono argomenti, come abbiamo notato, di indole letterale che non valgono però per il nostro codice. Gli autori Francesi si poggiano sull'art° 785 del codice Napoleone, dove si dice che quando avviene la rinunzia, l'erede si reputa come se non fosse stato mai erede, quindi la legge, argomentano essi, prima della rinunzia lo considera erede. Ma nel nostro codice, nell'art° 945 si dice: che chi rinunzia all'eredità è considerato come se non vi fosse stato mai chiamato, non già «come se non fosse stato mai erede». Sicchè prima dell'accettazione non si può parlare di erede in senso vero

e proprio, ma solo di "chiamato all'eredità„ Oltre a ciò vi sono nel nostro codice delle disposizioni che non si trovano nel codice francese, e che ci inducono a credere che nel nostro codice sia stato accolto l'altro sistema cioè che l'eredità s'acquisti ipso jure, ma sotto la condizione sospensiva dell'accettazione, di modochè l'accettazione nel diritto nostro non sarebbe già una rinunzia al diritto di rinunzia, non avrebbe un mero valore negativo, ma sarebbe condizione sine qua non dell'acquisto, dimodochè il passaggio dell'eredità avviene sì ipso jure, ma sotto la condizione sospensiva se l'erede accetta. Donde si desume questo? Da parecchi articoli che esamineremo.

Se dovessimo ammettere per un momento che l'eredità si trasmetta in modo incondizionato, definitivo e che l'accettazione non valga che semplice conferma, ne verrebbe la conseguenza pratica che basterebbe il fatto di essere chiamato all'eredità per essere ritenuto erede, e quindi convenuto dai creditori ereditarii in giudizio, senza che questi siano tenuti a dimostrare essersi fatti atti di accettazione. Invece il nostro codice ha una disposizione, che contrasta con questa conseguenza nell'art° 951. Due argomenti si traggono da questo art° in favore della nostra opinione. In questo art° si dice che gli interessati, i creditori, i legatarî, hanno il diritto di far fissare dal magistrato un termine, dentro il quale l'erede debba dichiarare se intende accettare o rinunziare. Se l'ere=

de avesse acquistata la proprietà dei beni in modo definitivo, non ci sarebbe bisogno di interpellarlo per vedere se vuole accettare o rinunziare. Dal momento che basta l'apertura dell'eredità per conferire ad una persona che vi è chiamata la qualità di erede in modo definitivo, fino a che non sopravvenga la rinunzia, gl'interessati avrebbero il diritto di considerare quella persona come erede e quindi, se legatarî, avrebbero il diritto di farsi pagare il legato, se creditori di farsi pagare i crediti. Invece la cosa si spiega agevolmente, partendo dal concetto che l'eredità prima dell'accettazione non può dirsi acquistata in modo definitivo. Quest'art° però non è nel codice Napoleone e quindi giustamente gli autori francesi sostengono il principio « filius ergo haeres » Ecco un primo argomento che conferma la nostra opinione, si è eredi sotto la condizione sospensiva dell'accettazione e perciò la necessità di sapere se uno vuole accettare o rinunziare.

Da questo stesso articolo si desume un altro argomento importantissimo. Se una persona chiamata all'eredità dopo l'ingiunzione del magistrato di risolversi entro un certo tempo ad accettare o rinunziare, lascia passare questo termine senza dire niente, il codice stabilisce che egli si debba reputare rinunziante. Ora questa conseguenza come si può conciliare col principio che l'erede acquista l'eredità in modo definitivo e che occorre la rinunzia per perde-

re questo diritto? Non si può conciliare, perchè quando uno è proprietario di una cosa, perchè egli perda il diritto di proprietà, non basta il semplice silenzio. Il semplice silenzio del proprietario non può mai includere la perdita del diritto, nessuno si può presumere che rinunzi al diritto di proprietà. Ammettendo come vogliono gli avversarî che l'erede è un proprietario definitivo dei beni ereditarii, come spiegare che pel semplice fatto che egli tace dovrebbe considerarsi come uno che abbia rinunziato alla proprietà? Invece questa disposizione di legge si spiega molto facilmente se si parte dall'altro principio che cioè l'accettazione sia condizione sine qua non per acquistare definitivamente l'eredità, perchè mantenendo il silenzio non si compie quella dichiarazione di volontà che occorre per l'acquisto definitivo dell'eredità, cioè l'accettazione: la condizione non viene a verificarsi, e ciò equivale a rinunzia, dacchè la rinunzia, anche espressa, come noi abbiamo detto, seguendo la nostra opinione, non è che un modo d'impedire il verificarsi della condizione necessaria per l'acquisto dell'eredità. Quindi l'erede, il quale nel tempo prescritto dal magistrato non manifesta la sua volontà, è come se fosse ripudiante in quanto non ha compiuto l'atto necessario voluto dalla legge per acquistare in modo perfetto, definitivo, irrevocabile, la eredità. Anche questa disposizione dell'articolo citato è ignota al C.C. Francese. Un altro argomento ancora. Abbiamo detto che, an-

messo il principio che l'eredità si trasmette ipso jure in modo definitivo, ne deriva la conseguenza che passati 30 anni dall'apertura dell'eredità, se l'erede non accetta, nè rinunzia debba reputarsi accettante e che quindi abbia perduto il diritto a rinunziare. Se la rinunzia è necessaria solo per distruggere il diritto quesito, non essendosi compiuta vuol dire che il diritto acquistato resta fisso e che il diritto di rinunziare si perde, perchè ogni diritto si perde colla prescrizione trentennale. Nell'art° 943 C.C. invece cosa abbiamo? Che la *facoltà d'accettare* una eredità si prescrive in 30 anni; il che vuol dire che passati i 30 anni senza accettare l'eredità, si perde il diritto d'accettare, in modo che colui che era chiamato all'eredità si considera come ripudiante. Ora se lo erede avesse acquistato in modo definitivo i beni ereditarî indipendentemente dall'accettazione, si potrebbe ammettere la prescrizione estintiva del diritto acquistato? Sappiamo che il diritto di proprietà non si prescrive con la semplice prescrizione estintiva, ci vuole l'usucapione in contrario. Se uno non usa di un immobile per 30 anni senza che altri ne abbia avuto il possesso legittimo siano pure passati 30 o 40 anni, rimane sempre proprietario. Allora si perde il diritto di proprietà su una cosa, quando altri l'abbia usucapita. Invece che fa il codice nell'art° 943? Fa perdere il diritto d'accettare l'eredità decorsi i 30 anni, anche se nes

un altro abbia accettato, per il fatto semplice della inerzia, dello stato passivo in cui si è mantenuto il chiamato all'eredità, costui perde il diritto di accettare. Evidentemente tale conseguenza non è conciliabile col principio che l'erede acquista definitivamente l'eredità, perchè l'accettazione non vale che semplice conferma; ma si spiega benissimo come conseguenza logica del principio che l'eredità si acquista definitivamente solo con l'accettazione; cosicchè col decorso di 30 anni non è l'eredità acquistata che si perde, ma si perde il diritto di compiere in modo definitivo l'acquisto dei beni ereditarii. Anche quest'articolo si differenzia dall'altro corrispondente del C. C. Francese che è un vero indovinello. In questo articolo si dice che decorso 30 anni si prescrive tanto la facoltà di accettare, quanto la facoltà di rinunziare. Queste due cose sono inconciliabili: si prescrive la facoltà di accettare? Allora vuol dire che l'erede si considera rinunziante, si prescrive la facoltà di ripudiare? Allora vuol dire che si considera accettante. Non si può nel tempo stesso perdere i due diritti perchè la perdita dell'uno implica che sia avvenuto il fatto contrario. Perciò gli autori Francesi non sapendo come interpetrare quell'articolo, hanno ragione di credere che l'eredità si acquista definitivamente coll'apertura della successione e l'accettazione non sia una consolidazione in quanto si poggiano sulla disposizione di legge che dice che si prescrive la facoltà di ripudiare, di rinunziare. E che la

mia argomentazione sia giusta si deriva anche dall'esame comparativo col cod. civ. germanico. Questo codice stabilisce in modo chiaro che l'eredità si trasmette ipso jure dal defunto all'erede e che l'accettazione sia una semplice consolidazione; ma quale logica conseguenza di ciò dispone che se l'erede in un certo periodo di tempo non accetta, nè ripudia, non perde già il diritto di accettare, bensì perde il diritto di rinunziare. Questa è conseguenza del sistema dell'acquisto immediato. Invece il nostro codice dicendo il contrario, ragion vuole che sia partito dal principio contrario. Ancora c'è un altro articolo che indirettamente giustifica la nostra opinione l'art° 939, il quale dice che se muore il chiamato alla successione prima d'averla accettata il diritto d'accettarla si trasmette agli eredi. Ora questo articolo potrebbe conciliarsi logicamente col principio che l'eredità s'acquista in modo definitivo anche prima dell'accettazione, e che l'accettazione non serva che ad una maggiore conferma? No, perchè se questo fosse vero, l'articolo avrebbe dovuto dire che l'eredità, anche prima dell'accettazione si trasmette dal chiamato all'eredità agli eredi, non già che si trasmette il diritto d'accettarla; oppure avrebbe dovuto dire, come il codice germanico, che quando un'eredità è deferita ad una persona e questa muore senza avere nè accettato nè rinunziato, agli eredi si trasmette il diritto di ripudiarla, e ciò, perchè essendo un bene già acquisito dal trasmittente i suoi eredi non potrebbero avere se non la stessa facoltà che

avrebbe avrebbe avuto il loro autore se fosse stato vivo cioè quella di ripudiare. Invece la diversa locuzione del nostro codice fa capire che il nostro legislatore ha dovuto partire da altro principio.

Non ci può essere dubbio, seguendo questa nostra opinione, che nel caso che uno sia chiamato all'eredità, coloro che da costui pretendono il pagamento dei legati o dei debiti del de cujus, debbono provare non soltanto che egli è erede per legge o per testamento, ma che ha fatto anche atto di accettazione. L'erede chiamato in giudizio può rimanere passivo, perchè sono coloro che pretendono qualche cosa che debbono provare che abbia fatto atto di accettazione; perchè coll'accettazione soltanto si compie l'acquisto irrevocabile dell'eredità. Se non riescono a questo, cioè, se non possono provare che l'atto d'accettazione vi sia stato, debbono ricorrere all'espediente dell'art° 951, debbono domandare al magistrato che ingiunga all'erede di dichiarare in un dato termine se intende accettare o no. Però giunti a questo punto si potrebbe domandare: Che differenza c'è tra il sistema esposto e il sistema aditio haereditatis? Io debbo confessare che differenza pratica non c'è, perchè anche se noi avessimo disconosciuto il principio del passaggio immediato dell'eredità dal defunto all'erede, saremmo venuti alle stesse conseguenze: cioè che l'accettazione ha effetto retroattivo, che prima dell'accettazione il chiamato all'eredità non può essere convenuto al pagamento dei debiti ereditarii, e via dicendo. Però accolto il principio della aditio haereditatis, molti articoli

del nostro codice sarebbero rimasti inesplicabili; invece seguendo il sistema nostro secondo il quale l'eredità s'acquista ipso jure, ma sub conditione, questi articoli del codice vengono ad essere spiegati facilmente, come conseguenze logiche del principio. Ammesso il principio che l'eredità si acquista soltanto coll'accettazione, ne viene che prima di essa non c'è un diritto patrimoniale; il chiamato all'eredità avrebbe soltanto il diritto di accettare, cioè un diritto personale e non patrimoniale, il che produce delle conseguenze specialmente rispetto a due punti importanti. Morendo il chiamato all'eredità senza accettare, siccome costui aveva solo un jus adeundi, un diritto personale che non fa parte del patrimonio, i suoi successori non dovrebbero avere il diritto d'accettare in sua vece. Perciò i casi di trasmissione del diritto d'accettazione furono considerati come eccezionali nel Diritto romano. Invece il nostro codice, avendo posto il principio generale che chi muore senza avere accettato la eredità trasmette il diritto d'accettarla, ciò si giustifica facilmente considerando il diritto d'accettare, come un diritto patrimoniale imperfetto che non ha avuto piena esistenza, ma che potrà averla, onde nel patrimonio di colui che muore senza avere accettata l'eredità, si trova anche questo diritto che gli eredi potranno esercitare.

Un'altra disposizione che non si spiegherebbe è quella che si trova nell'art° 949. Quest'articolo non fa che applicare il principio dell'azione Pauliana alla rinunzia dell'eredità. Nel Diritto romano non era possibile la im=

pugnativa, mediante l'azione Pauliana della rinunzia dell'eredità, in quanto l'azione Pauliana era possibile solo contro le diminuzioni di patrimonio fatte in danno ai creditori non già contro le omissiones adquirendi. Tizio ha avuto una donazione; ma siccome sa che accettando questa donazione non si gioverà lui, ma i suoi creditori, così si rinunzia, prima d'accettare, e impedisce che la donazione abbia efficacia. Contro la rinunzia a una donazione non accettata, possono i creditori esercitare l'azione Pauliana? No, perchè così facendo, il debitore non ha diminuito il patrimonio, ha impedito solo che il patrimonio crescesse. E perciò applicando questo principio, anche quando la rinunzia all'eredità fosse avvenuta in frode ai creditori, costoro per Diritto romano non possono far revocare la rinunzia. Il nostro Codice invece seguendo i principî del diritto consuetudinario francese ammise la possibilità d'impugnare la rinunzia all'eredità fatta in frode ai creditori, il che si spiega in conformità dei principî regolatori dell'azione pauliana, se si ammetta che prima della rinunzia v'è un diritto, sebbene imperfetto, nel patrimonio del debitore rinunziante.

Lezione IXª

Sommario

Dell'accettazione in genere - Concetto - Requisiti - Volontà - Condizione, termine - Accettazione per parte - Accettazione per mezzo di rappresentante - Oggetto dell'accettazione: quistioni relative. Capacità per fare l'accettazione: persone fisiche incapaci -

Visto come il sistema accolto dal Diritto Italiano debba ritenersi essere quello per cui l'eredità s'acquista ipso jure, però subordinatamente alla condizione dell'accettazione, dobbiamo parlare dell'accettazione.
L'accettazione come si dispone nell'artº 929 C.C. può essere pura e semplice o col beneficio d'inventario, cioè vi sono due specie di accettazione. Ma noi senza occuparci per ora di queste varie specie, studieremo l'accettazione in se stessa. Che cosa è l'accettazione? L'accettazione è l'atto unilaterale ed irrevocabile, con cui si rende definitivo l'acquisto dell'eredità avvenuto ipso jure ma in modo condizionale. Questa è definizione che si può dare dell'accettazione giusta le cose che abbiamo innanzi esposte. Perchè diciamo che l'accettazione è un atto unilaterale? L'accettazione è atto unilaterale inquantocchè consiste nella dichiarazione unilaterale di volontà la quale produce la sua efficacia senza bisogno d'incontrarsi con altra volontà. Quindi l'accettazione dell'eredità non è come l'accet=

tazione della donazione, ma ha natura differente. L'accettazione della donazione è una dichiarazione di volontà che corrisponde ad altra volontà con la quale si deve incontrare perchè possa dirsi perfezionato il contratto che si dice di donazione. Invece l'accettazione dell'eredità, ancorchè si tratti di eredità testamentaria, è dichiarazione di volontà che per forza di cose non può incontrarsi colla volontà del testatore, perchè questi è morto, cioè tale dichiarazione di volontà non può mai venire a conoscenza del de cujus. Nella donazione quando il donatario accetta, perchè si perfezioni il contratto è necessario che questa volontà del donatario venga a conoscenza del donante e solo quando viene a conoscenza del donante il contratto si reputa perfetto e produce tutti i suoi effetti giuridici. Invece l'accettazione d'eredità produce i suoi effetti, nonostante l'impossibilità ch'essa venga conosciuta dal testatore. Perciò, l'accettazione dell'eredità, si voglia considerare in relazione alla successione legittima, o alla testamentaria, non ha la stessa natura dell'accettazione della donazione; perchè nell'un caso l'accettazione è atto per sè stante, nell'altro è elemento d'un contratto.

È un atto unilaterale, in altro senso ancora, in quantocchè l'accettazione per produrre la sua efficacia non ha bisogno dell'adesione degli altri interessati coeredi o creditori ereditarî perchè produca il suo effetto. A prima vista dire ciò parrebbe cosa inutile e superflua, invece è utile perchè vi sono molti au=

tori i quali, intestati a vedere da per tutto un contratto cominciano col dire che l'accettazione è un quasi contratto e finiscono col vedere che sia un contratto tacito, per derivarne delle conseguenze pratiche che dobbiamo eliminare.

Perchè dicono che l'accettazione è un quasi contratto? Siccome dall'accettazione derivano delle obbligazioni rispetto ai creditori ereditarî, in quanto l'erede accettando assume anche le obbligazioni gravanti sul patrimonio ereditario così si mise in campo il concetto che l'accettazione è un quasi contratto. Non solo, siccome il concetto del quasi contratto negli autori è molto oscuro, facilmente si passa dall'idea del quasi contratto all'idea d'un contratto tacito, ed applicano all'accettazione le regole che la legge pone per i contratti. L'accettazione non è nè contratto, nè quasi contratto. L'idea del quasi contratto è un'idea che la dottrina moderna respinge, è un espediente al quale sono ricorsi i giureconsulti romani per spiegare alcuni fenomeni nuovi che si presentavano nello svolgimento del diritto. Nel Diritto romano non si concepivano delle obbligazioni se non derivanti dalla volontà umana in modo tale che allorquando si dovettero stabilire delle obbligazioni non derivanti dalla volontà umana, per spiegare questo fatto si disse che erano obbligazioni quasi ex contractu, che avevano la stessa efficacia giuridica di quelle che nascevano dal contratto, quasi che nascessero dal con-

tratto. Furono gl' interpetri i quali, intendendo male lo spirito della frase romana crearono la figura giuridica speciale del quasi contratto, quasi fosse un atto giuridico per sè stante, una nuova fonte di obbligazione. Nel Diritto moderno questo concetto non va, perchè non è vero che tutte le obbligazioni nascono dal contratto; il contratto è fonte precipua delle obbligazioni, ma non è l' unica, benissimo si può dire che la legge come dall' avverarsi di certi fatti fa dipendere degli effetti giuridici, così fa nascere dei rapporti obbligatorî, prescindendo dal consenso di due persone. Gli autori che vogliono raggruppare tutte le fonti delle obbligazioni volontarie nel contratto e nel quasi contratto, partono da una interpetrazione letterale della legge (art° 1097 cod. civ.) in cui si dice che le obbligazioni derivano da contratto, da quasi contratto, da delitto e da quasi delitto, credendo che questa enumerazione sia tassativa. Niente di più falso, ed invero si sono fatti che non costituiscono nè contratto, nè quasi contratto, nè delitto nè quasi delitto, i quali producono delle obbligazioni. Così per es, supponiamo che nel testamento s' è imposto l' obbligo all' erede di fare questa o quell' altra cosa in favore di Tizio. Qui abbiamo un' obbligazione avente la stessa efficacia giuridica di quella nascente da un contratto, eppure il testamento non è contratto nè quasi contratto. Ed ecco perchè il nostro codice aggiunge che le obbligazioni possono anche nascere dalla legge, sotto la quale categoria si possono mettere

tutte le varie specie di obbligazioni che hanno per fonte un dato fatto volontario lecito, o anche involontario a cui la legge riconnette delle conseguenze giuridiche. Le obbligazioni che nascono dall'aditio haereditatis si possono comprendere in questa vastissima categoria di obbligazioni nascenti per legge. Ecco che non occorre dire che l'accettazione sia un quasi contratto, perchè la categoria generica del quasi contratto non esiste nel diritto moderno, sebbene il codice nostro parli*, per rispetto alla tradizione romanistica, di due casi di quasi contratto, cioè la gestio negotiorum e la solutio indebiti, i quali del resto in un sistema scientifico si possono comprendere nei rapporti obbligatorî che derivano dalla legge in occasione d'un fatto dell'uomo. Ad ogni modo, anche a voler dire, seguendo la tradizione romanistica che l'accettazione sia un quasi contratto, ciò non significa che sia un contratto, sia pure tacito, perchè resta sempre una differenza sostanziale tra contratto e quasi contratto: il primo è sempre l'accordo di due volontà, il quasi contratto presuppone appunto la inesistenza di questo accordo, presuppone un fatto unilaterale o una dichiarazione unilaterale di volontà dimodochè non si può per nulla confondere nemmeno al contratto tacito, perchè anche il contratto tacito è l'accordo di due volontà, e differisce dal contratto espresso in ciò, che mentre nel contratto espresso la manifestazione delle due volontà è fatta in modo diretto, invece nel contratto tacito la manifestazione delle due volontà è fatta in modo indiretto, cioè con

fatti tali da cui indirettamente, ma in modo non dubbio si arguisce la volontà che è presupposto di quei fatti. Abbiamo detto che l'accettazione non solo è un atto unilaterale, ma anche irrevocabile. Che sia un atto irrevocabile, si desume e dalla tradizione storica e dal concetto stesso dell'eredità. Chi accetta un'eredità l'acquista in modo definitivo, perchè semel haeres semper haeres, chi anche per un momento solo è erede resta sempre erede, questa sua qualità non si può distruggere. Una volta fatta l'accettazione, la persona che l'ha fatta non può revocarla a suo arbitrio e questo principio è così saldo e indubitato che il nostro codice ha creduto inutile sanzionarlo. Esso perciò non può negarsi, nè mettersi in dubbio. L'accettazione infine, come abbiamo detto, produce l'effetto di rendere definitivo l'acquisto della eredità, e perciò tale effetto è retroattivo all'apertura della successione (art° 933 in princ.)

Vista l'indole dell'accettazione, vediamo ora quali ne siano i requisiti. Per l'accettazione, come per qualsiasi atto giuridico, bisogna distinguere due categorie di requisiti: requisiti necessarî per l'esistenza giuridica dell'atto e requisiti necessarî per la piena validità dell'atto. La mancanza dei requisiti necessarî per la esistenza giuridica, rende l'atto nullo, inesistente; la mancanza invece dei requisiti necessarî per la piena validità dell'atto produce la semplice annullabilità dell'atto stesso.

I requisiti per la esistenza dell'accettazione sono due:

volontà ed oggetto. In certi casi v'è anche la forma.

1°) Volontà. Bisogna che chi accetta abbia la volontà seria e piena d'accettare. La volontà manca allorquando una persona accetta nello stato di demenza, di ubbriachezza, di suggestione ipnotica, ecc... o quando l'accettazione sia fatta in causa. In questi casi l'accettazione è nulla o inesistente. La legge inoltre per l'accettazione esige qualche cosa di più, cioè esige una volontà piena una volontà illimitata. Quando la volontà può essere limitata? La volontà viene a limitare se stessa, quando la dichiarazione di volontà è affetta da condizione, da termine o da altra modalità qualsiasi. Tutti i negozî giuridici ammettono delle modalità tra cui principali sono la condizione e il termine. Ora queste sono ammissibili per l'accettazione dell'eredità? Il Diritto romano disponeva espressamente che la condizione e il termine non sono possibili nell'accettazione; e qualóra la condizione o il termine fossero apposti, l'accettazione era nulla. Che dobbiamo dire noi alla presenza del codice nostro? Il codice non dispone niente, però vi sono delle espressioni da cui risulta indubbiamente che l'accettazione dev'essere fatta senza modalità. Nell'art° 929 si dice che l'eredità può essere accettata puramente e semplicemente o col beneficio dell'inventario. Ora l'accettazione fatta puramente e semplicemente non ammette condizioni; l'unica modalità che la legge permette è l'accettazione col beneficio dello inventario. Fuori di questa modalità che si chiama beneficio dell'inventario, non ci può essere altra. Però se

il termine o la condizione vengono ad essere apposti, quale sarà la conseguenza? Il codice non dice nulla; quindi varietà di opinioni. Alcuni dicono che l'apposizione della condizione o del termine è viziosa in se stessa, ma non vizia l'accettazione. Se uno accetta sotto condizione o termine sospensivo o finale, la condizione o il termine si hanno per non apposti, ma l'accettazione sarà valida come se fosse fatta senza condizione o termine. Altri invece sostengono che l'accettazione sottoposta a condizione o termine sia nulla in se stessa. Quale opinione dobbiamo seguire? L'opinione più logica, razionale è che quando la dichiarazione di volontà è affetta da condizione o termine contro il divieto della legge che non vuole apposizione di queste modalità, si deve ritenere che la dichiarazione è nulla in se stessa, perchè chi vuole una cosa sotto condizione o termine, quando la legge dice che non bisogna volerla a quel modo, significa che esprime una volontà inadeguata a raggiungere lo scopo, una volontà che non può produrre effetti di legge, perchè contrario alla legge. Quando io dico: voglio essere erede se la eredità non la troverò passiva; voglio essere erede soltanto da quel giorno o fino a quel giorno, evidentemente io manifesto una volontà difforme alla legge, che vuole una volontà pura e semplice, epperò la mia dichiarazione di volontà è nulla in se stessa. Vero è che in certi casi la legge reputa per non scritta la condizione ed il termine, come a proposito dell'istituzione di erede. Ma che vuol dire ciò? Questi sono ca-

si eccezionali, voluti per ragioni specialissime, da cui non si può desumere una regola generale, applicabile ad altri casi

Questione anche più ardua nasce rispetto all'altra modalità, cioè, quando si dichiara la volontà di accettare la eredità in parte. Come può darsi questo caso? Poniamo questo caso, difficile del resto ad avverarsi, uno è erede universale per testamento, ma il testatore ha lasciato dei parenti poveri. L'istituito erede essendo scrupoloso e timorato da Dio potrebbe dire: perchè tutta questa eredità a me? Voglio accettarla per metà e ciò che resta andrà a beneficio degli eredi legittimi. Un altro caso più comune può verificarsi quando Tizio istituisce eredi Caio e Sempronio, Caio accetta la propria metà, Sempronio rinunzia. Per legge qui c'è diritto all'accrescimento cioè la quota del rinunziante si accresce all'altro accettante. Può all'altro dire: no, io intendevo solo accettare la mia metà, non già la quota deferita da Tizio, che per legge è devoluta a me in base alla rinunzia? Il Diritto romano disponeva espressamente che la eredità non si può accettare in parte, il che è giusto in base al principio che l'eredità costituisce un universum jus e quindi è un tutto inscindibile, che non si può acquistare in parte sì in parte no. O si accetta come è, o non s'accetta. Però dall'accettazione pro-parte il Diritto romano non deduceva la nullità dell'accettazione. Quando alcuno accettava una eredità pro-parte, bastava questo perchè dovesse intendersi averla accettata in tutto. Ciò sempre in

base al principio della inscindibile unità dell'eredità e anche perchè il Diritto romano voleva che ci fosse un erede e per fare che l'erede non mancasse ammetteva che chi avesse accettato in parte, avesse accettato per tutto. Il nostro codice, sebbene in modo implicito, non ammette la possibilità dell'accettazione parziale in quanto dispone che l'accettazione deve essere puramente e semplicemente, bisogna accettare tutta l'eredità com'è, come universum jus. Quindi se alcuno ha accettato la sua quota e poi a lui si devolve un'altra quota in forza del diritto di accrescimento, deve subire questo acquisto, non può rifiutarsi perchè la presenza dell'altro chiamato fu impedimento temporaneo. Ma quale è l'effetto dell'accettazione pro-parte? Gli autori sono in contrasto tra loro, alcuni dicono che l'accettazione è valida per intiero, altri dicono invece che è nulla addirittura. Che dobbiamo ritenere noi? Dobbiamo seguire il precetto del Diritto romano, o dobbiamo seguire la norma che deriva dai principî generali del nostro codice? Quando alcuno accetta per parte l'eredità manifesta la sua volontà in modo illegale ed essendo tale accettazione contrario alla legge, non può produrre alcun effetto obbligatorio. Costringere come faceva il Diritto romano ad acquistare anche la parte che espressamente si è dichiarato di non volere accettare, sarebbe andar contro la volontà della persona, il che non può ammettersi senza una disposizione speciale di legge.

Il precetto del Diritto romano è basato su ragioni storiche, su ragioni speciali del diritto successorio romano, che non hanno riscontro nella nostra legge, e quindi è più logico ed anche più opportuno rigettarlo.

La volontà dunque deve essere esistente e dev'essere piena. Si domanda ora: deve essere manifestata direttamente dall'erede o può essere manifestata per mezzo di rappresentante? Anche qui il nostro codice tace. Ma è evidente che, sebbene il Diritto romano avesse prescritto che l'eredità non può accettarsi che personalmente, pure bisogna ritenere il contrario per il diritto nostro. Per il diritto nostro tutti gli atti giuridici possono compiersi dalla persona direttamente interessata o da un rappresentante, tranne nei casi tassativamente indicati dalla legge. Se nessuna disposizione vi è che proibisce l'accettazione dell'eredità per mezzo di rappresentante, bisogna ritenere che la rappresentanza volontaria può aver luogo. La rappresentanza può aver luogo in due casi: per mandato e per la cosiddetta negotiorum gestio. Si ha il mandato quando una persona incarica altra espressamente di agire in sua vece ed in suo nome. La negotiorum gestio si ha quando, senza incarico, alcuno agisce nell'interesse ed in nome altrui. Ora senza dubbio il mandato è ammissibile come mezzo per accettare l'eredità. Io posso accettare direttamente l'eredità o pure

posso accettarla per mezzo di altra persona dopo di aver=
le dato incarico. La quistione sorge rispetto ai limiti del
mandato. Supponiamo che il mio rappresentante abbia un
mandato concepito in termini generici, può questo man=
datario accettare l'eredità? Non può, perchè l'accettazio=
ne d'eredità è un atto di disposizione e non di sem=
plice amministrazione. Quando il mandatario è fornito
di un mandato in termini generici, senza indicazio=
ne degli atti di alienazione, questo mandatario può
fare atto di amministrazione soltanto, e quindi è neces=
sario perchè si abbia un accettazione valida di eredità che il man=
dato sia conferito con la facoltà di accettare l'eredità (art°
1741). Basta la facoltà di accettare eredità in generale, o
pure ci vuole un mandato specialissimo di accettare, cioè
l'eredità di Tizio, di Caio o Sempronio?

La domanda praticamente è importante, altro è l'in=
carico d'accettare l'eredità in generale, altro è l'inca=
rico d'accettare l'eredità di Tizio, di Caio, o di Sempronio.
Nel primo caso non ho presente nella mia mente al=
cuna eredità e non posso sapere se il rappresentante
accettando faccia cosa utile; invece quando ho presente
nella mente una data eredità, so quello che faccio
e so che il rappresentante agendo in nome mio, fa=
rà una cosa a me utile o pure dannosa. A prima
vista parrebbe che si richieda un mandato specialis=
simo, ma ciò non è esatto. Se relativamente all'accet=
tazione della donazione che pure la legge ha circon=
dato di formalità rigorose, si dispone nell'art° 1058 C.C.

che per compierla validamente basta un mandato, sia anche concepito in termini generali, lo stesso dovrà dirsi per la eredità, per la quale però non è necessario un mandato per atto autentico come per la donazione.

Che diremo della negotiorum gestio? Se un tale accetta l'eredità nell'interesse di un suo amico, credendo di fare bene gl'interessi di costui, questa rappresentanza non voluta dall'interessato è valida a produrre l'efficacia dell'accettazione? Alcuni autori e parte della giurisprudenza hanno negato la validità della negotiorum gestio per l'accettazione dell'eredità. Questa opinione non è esatta in tutto e per tutto. Sarebbe esatta se la negotiorum gestio, di cui ci occupiamo, dovesse confondersi colla negotiorum gestio di cui parla il codice civile a proposito dei quasi contratti. Nella negotiorum gestio di cui parla il codice, si ha che quando il gestore di negozio, compie un affare utile nell'interesse di un altro, tutte le obbligazioni da lui assunte vanno a carico del dominus negotiorum, ancorchè costui non sappia niente e non voglia assumere nessuna obbligazione (art° 1144) Ora è evidente che una simile conseguenza non potrebbe accogliersi nel caso di accettazione di eredità fatta da un gestore. Ma la gestio negotiorum di cui parla il codice civile e che produce quell'effetto, è la gestio negotiorum limitata soltanto all'amministrazione degli affari altrui. L'amministrazione degli affari è una cosa necessaria che ogni buon padre di famiglia deve compiere, se non la compie lui, e la compie un altro poco importa, sempre ne ritrae un utile, ed in base all'utile deve incorrere nelle obbli=

gazioni contratte dall'altro in suo favore. Invece tutto il contrario avviene se una persona si immischia negli affari altrui, non già allo scopo di semplice amministrazione, ma allo scopo di compiere atto di disposizione; in questo caso gli art.ⁱ del codice civile che riguardano la negotiorum gestio non trovano applicazione, perchè manca il presupposto della negotiorum gestio, cioè che si tratti di persona che cura l'amministrazione degli affari altrui; in quanto qui si tratta di persona che si sostituisce a un'altra, senza incarico, per compiere atto di disposizione. In questo caso la dottrina dominante in base ai principî ed alle stesse disposizioni del Diritto romano richiede che la negotiorum gestio debba essere ratificata dal dominus negotiorum; gli atti compiuti dal gestore saranno compiuti validamente e quindi produrranno diritti a favore del dominus ed obbligazioni a carico suo, solo in quanto sia intervenuta la ratifica da parte di costui. Ciò premesso, non v'è nessun inconveniente pratico ad ammettere la possibilità della negotiorum gestio per l'accettazione dell'eredità, come non v'è nessuna disposizione di legge che l'impedisca. Chi accetta l'eredità senza incarico e nell'interesse di un altro per questo solo fatto non fa acquistare l'eredità all'interessato, nè lo fa incorrere nelle obbligazioni; ma se il chiamato all'eredità ha fatto dopo atto di ratifica espressa o tacita, in forma solenne o no, con quest'atto di ratifica è venuto a rendere proprio il fatto altrui e quindi vale come se avesse conferito un mandato. Ogni qualvolta è possibile il mandato; è possibile la negotiorum gestio, la cui efficacia è però sottoposta alla ratifica: onde l'aforisma

troppo noto « ratihabitio mandato aequiparatur ».
La forma poi dell'accettazione in generale è indifferente.
Vedremo a suo tempo come per certi casi d'accettazione si richiede la forma speciale come per l'accettazione col benefi=cio dell'inventario.

Questi sono i requisiti che si riferiscono alla dichiarazione di volontà, cioè la volontà dev'essere esistente, piena ed espres=sa direttamente o per mezzo di rappresentante. 2°) Oltre al requisito della volontà, c'è l'altro dell'oggetto. L'accettazione deve avere per oggetto un'eredità la quale sia aperta. Se alcuno accetta l'eredità d'un vivente, l'accettazione è nul=la, inesistente per la mancanza dell'oggetto. Quistione però non nasce rispetto all'eredità aperta ma non devoluta. Tizio è stato istituito erede sotto condizione, il testatore è morto e la condizione non s'è ancora verificata. Tizio può prima dell'avverarsi della condizione accettare l'eredità? La cosa è molto controversa. Per il Diritto romano l'ere=dità non solo doveva essere aperta, ma anche devoluta, di modo che se l'eredità, sebbene aperta, non fosse devoluta e l'accettazione avvenisse prima della devoluzione, l'accet=tazione era nulla. Alcuni vogliono seguire quest'opinione anche per il diritto nostro. Noi ci domandiamo: c'è ragio=ne di ritenere questo per il codice nostro? Mancando u=na disposizione espressa di legge, dobbiamo indagare la ra=gione d'una certa opinione e vedere se la disposizione del Diritto romano sia conforme ai principii del diritto nostro. Per ciò che riguarda l'eredità non aperta, è in=dubitato che l'accettazione è nulla, per mancanza del=

l'oggetto, in quando l'eredità futura non può essere oggetto di alcun atto giuridico. Si può dire lo stesso per l'eredità non ancora devoluta? Nessuna disposizione v'è nella legge a tale proposito. Come si può rinunziare ad un diritto futuro così si può accettare un diritto futuro, nella eventualità che venga deferito. Quindi non essendovi alcuna disposizione di legge dobbiamo ritenere che l'accettazione dell'eredità aperta e non ancora devoluta, per una ragione qualsiasi, sia valida ma naturalmente non produrrà effetto se l'eredità non venga poi a devolversi.

Un'altra quistione a questo proposito è quella se l'erede debba avere piena conoscenza dell'avvenuta apertura; cioè se, non solo l'eredità dev'essere aperta e devoluta perchè l'accettazione sia valida, ma occorra ancora, come i Romani volevano che l'erede abbia piena conoscenza dell'avvenuta apertura e devoluzione. Dimodochè per Diritto romano anche se obbiettivamente l'eredità era aperta, ma l'erede erroneamente avesse creduto che il defunto era ancora vivo, l'accettazione era nulla. La ragione che se ne adduce è che in tutti i casi in cui entra la volontà bisogna guardare non solo alla volontà, ma anche all'intelligenza, alla quale la volontà s'informa. E così in questo caso vale più l'opinione che la realtà, vale più la falsa credenza che la eredità fosse non aperta, anzichè la realtà (plus est in opinione quam in re) e così si equiparava il caso di falsa credenza al caso vero, reale; onde come nel caso di eredità non ancora aperta l'accettazione era nulla, così anche se l'eredità si credeva non aperta, l'accettazione era parimenti nul=

la. Il codice nostro tace; gli autori in generale seguono il Diritto romano. Ma a dire il vero io non mi son mai potuto capacitare come possa accogliersi quest'opinione nel diritto nostro, perché quando alcuno vuole una cosa contraria alla legge, ma la sua volontà non trova corrispondenza nella realtà dei fatti, e quindi resta allo stato puramente interno, subbiettivo, psicologico, si ha forse un fatto contrario alla legge? No, perché un fatto sia contrario alla legge si richiedono due elementi: l'intenzione ed il fatto reale; un fatto si dice antigiuridico non solo quando si voglia compiere l'atto contro la legge, ma quando effettivamente s'è compiuto. Se alcuno voleva compiere un fatto contrario alla legge, ma invece ha compiuto un atto conforme alla legge, della sua intenzione non si può tenere conto, in base al principio che nel campo del diritto l'intenzione non ha efficacia se non sia estrinsecata in atti reali. Ora, posto questo principio generale intorno agli atti giuridici abbiamo dire che anche se alcuno avesse avuto l'intenzione di contravvenire alla legge che dice di non accettare un'eredità non ancora aperta, e l'accetta credendo ciò, ma di fatto, nel momento che accettava, l'eredità era aperta, la sua intenzione contraria alla legge non può avere importanza giuridica e l'atto dev'essere ritenuto valido. Perché i Romani dicevano il contrario? Perché i Romani in materia successoria erano molto rigorosi, ed in base a questo rigore andarono fino a delle conseguenze spinte che sono contrarie a tutti i principii dello stesso Diritto romano. Perciò in base al principio che più vale il fatto materiale che non l'intenzione (il che costituisce appunto la differenza

tra la morale ed il diritto, in quanto nel campo della morale l'intenzione è tutto, e il fatto esterno è cosa secondaria, mentre invece nel campo del diritto è la res che s'impone, è il fatto esterno in quanto corrisponde alla dichiarazione interna di volontà) in base a questo principio, ripeto, non ostante l'autorità di tutti gli scrittori francesi e italiani, crediamo che se alcuno per caso strano accetta l'eredità effettivamente aperta, ma non sapendo che fosse aperta, l'accettazione è valida.

Questi sono i requisiti per l'esistenza. Ora veniamo ai requisiti per la piena validità. Anzitutto abbiamo la capacità. Non tutti sono capaci di accettare l'eredità, appunto perchè l'accettazione dell'eredità si considera come un atto di disposizione in quanto dall'eredità non provengono solo dei vantaggi, ma spesso provengono dei danni e quindi la legge ha dovuto richiedere non già la capacità semplice per gli atti d'amministrazione, ma la capacità per gli atti di disposizione.

Il nostro codice enumera tassativamente quali sono questi casi di incapacità: i minori non emancipati non possono da sè soli accettare l'eredità, se sono sottoposti alla patria potestà hanno bisogno della rappresentanza del genitore che esercita la patria potestà (art. 930, 226), se sono sottoposti alla tutela hanno bisogno del tutore più l'autorizzazione del Consiglio di famiglia (art. 930, 296). I minori emancipati hanno bisogno dell'assistenza del curatore, più dell'autorizzazione del Consiglio di famiglia (art. 930, 319). Se si tratta d'interdetto o per infermità di mente o per condan-

ne penali anch' egli avrà bisogno della rappresentanza del tutore autorizzato dal Consiglio di famiglia (art.i 930, 226 e 329). Se trattasi d'inabilitato basta la semplice assistenza del curatore (art.i 930, 340). La donna maritata ha forse bisogno dell'autorizzazione del marito per fare l'accettazione dell'eredità? Sì, pel Diritto Francese ed anche per i codici italiani precedenti, perchè la donna maritata era dichiarata incapace di compiere qualsiasi atto eccedente la semplice amministrazione. Il codice nostro ha ristretto di molto la incapacità della donna maritata, non si può dire che la donna maritata sia incapace di compire atti eccedenti la semplice amministrazione, non si può dire che sia incapace ad assumere delle obbligazioni; la donna maritata non può compiere che certi determinati atti tassativamente indicati dalla legge, dimodochè se in quegli atti determinati dalla legge non se ne incontra uno, ancorchè questo sia di disposizione ed importi assunzione d'obbligazione, la donna maritata può benissimo compierlo. Ora nell' articolo 134 C.C. non si trova l'accettazione della eredità, e quindi la donna può accettare l'eredità senza l'autorizzazione del marito, ancorchè ciò possa importare effetti dannosi per la famiglia.

Di queste incapacità il codice parla negli articoli 930 e 931.

Bisogna aggiungere [illegible]mpletare il concetto che questi incapaci, minori, interdetti inabilitati, ancorchè si facciano rappresentare, ancorchè abbiano l'assistenza del curatore

l'autorizzazione del Consiglio di famiglia, pure essi debbono accettare per forza col beneficio dell'inventario. Due limiti pone la legge per queste persone, cioè non possono accettare da sole, ma col concorso delle persone indicate dalla legge, in secondo luogo, che anche agendo col concorso di queste persone debbono accettare col beneficio dell'inventario.

Lezione X^a

Sommario

Continua: dell'accettazione in genere - Incapacità delle persone giuridiche - Vizii del consenso - Errore, violenza, dolo, lesione - Le azioni di annullabilità - La revoca dell'accettazione compiuta in frode dei creditori.

Nella passata lezione parlammo delle persone fisiche incapaci d'accettare da sole l'eredità, ora bisogna discorrere delle persone giuridiche. Abbiamo visto che le persone giuridiche sono capaci di succedere; ma possono accettare da sè, per mezzo dei rappresentanti, senz'altro? No, le persone giuridiche hanno bisogno di speciale autorizzazione per potere accettare l'eredità, come per potere accettare legati e donazioni. Art° 932 C. C.: « Le eredità devolute ai corpi morali non possono essere accettate che coll'autorizzazione del governo da accordarsi nelle forme stabilite da leggi speciali » Quali sono queste leggi speciali? La legge 5 Giugno 1850, la quale poi venne modificata dalla legge 21 Giugno 1896. La legge del 1850 dispone che tutti i corpi morali non possono acquistare a titolo gratuito senza autorizzazione governativa, è necessario che vi sia un decreto reale, su proposta dei ministri competenti, a seconda delle varie persone giuridiche e previo parere del Consiglio di Stato. Questa legge del 1850 venne modificata dalla legge 21 Giugno 1896 che dispone che i comuni, le provincie, le opere pie o istituti di beneficenza, debbono

ottenere autorizzazione dal Prefetto, previa autorizzazione della Giunta Provinciale Amministrativa. Sicché mentre per la legge del 1850 tutte le persone giuridiche in generale, dovevano ricorrere direttamente al governo per l'autorizzazione per la legge speciale del 1896 i comuni, le provincie, le opere pie, basta che ottengano l'autorizzazione della G. P. Amministrativa ed il decreto prefettizio. Però la legge del 96 ha un'efficacia limitata, in quanto ha riguardo soltanto ai comuni, alle provincie, alle opere pie in modo tale che per tutte le altre persone giuridiche s'applica la legge del 1850. Quale è la efficacia di quest'autorizzazione prefettizia o governativa a seconda dei casi? E' essa richiesta nell'interesse delle persone giuridiche od è richiesta nell'interesse sociale? E quindi, venendo alla conseguenza pratica, la mancanza dell'autorizzazione produce solo annullabilità dell'accettazione o produce la vera e propria nullità, l'inesistenza? Fin ora abbiamo parlato delle altre persone incapaci ad accettare da sé l'eredità ed abbiamo detto che l'incapacità di queste persone genera una nullità relativa, perché se la legge dichiara incapaci i minori, gl'interdetti, gl'inabilitati, ciò fa per tutelare gl'interessi di tali persone che potrebbero essere danneggiati col l'accettazione dell'eredità. Diverso invece è il criterio da cui partì il legislatore nell'esigere l'autorizzazione per le persone giuridiche; egli ha creduto necessario l'intervento dello stato non per tutelare soltanto l'interesse delle persone giuridiche e per vedere se esse compiendo l'accettazione facciano un affare lucroso o dannoso, ma più per

tutelare l'interesse sociale, per vedere se il lascito, la dona=zione, l'istituzione di erede siano fatti con lesione degl'inte=ressi della famiglia o senza questa lesione. Il legislatore è partito dal principio che bisogna limitare la mano mor=ta, ed ha considerato che vi sono delle persone le quali a scopo di filantropia o di pietà male intesa, potrebbero lascia=re tutto il patrimonio ad enti morali, privando del neces=sario le persone che ne avrebbero maggior diritto perchè le=gati da vincoli di sangue. Per tutelare tutti questi interes=si si richiede l'autorizzazione governativa o prefettizia, man=cando la quale, l'accettazione è senza effetto, il che vuol di=re è nulla e non già semplicemente annullabile.
Tra le persone giuridiche è anche lo Stato, e vi sono anche gli stati esteri. Lo Stato ha anch'esso bisogno d'au=torizzazione per l'accettazione d'una eredità ad esso devo=luta per testamento? Se lo Stato succede in mancanza di parenti del defunto, tutti sono d'accordo nel ritene=re che non c'è bisogno d'autorizzazione, è una succes=sione necessaria per togliere l'inconveniente pratico che de=riverebbe dalla vacanza: lo Stato è successore di tutti gli individui che non lasciano parenti fino al decimo gra=do. Ma se un privato, caso veramente poco comune, la=sciasse il suo patrimonio allo Stato o ad un'ammini=strazione dello Stato, come per es. al Ministero dei L.L.P.P. al Ministero delle Finanze ecc, c'è bisogno, per accettare l'eredità l'autorizzazione del governo stesso? Alcuni auto=ri dicono sì e sono la maggioranza, altri dicono no. An=che lo Stato, secondo i primi, ha bisogno d'autorizzazio=

ne governativa, perchè lo Stato non differisce dalle altre persone giuridiche, e come tutte le persone giuridiche sono sottoposte a questa autorizzazione, così dev'essersi sottoposto anche lo Stato. Nè si dica, sostengono sempre questi autori, che ciò sia strano, perchè nello Stato bisogna distinguere due personalità: lo Stato come ente politico e lo Stato come persona giuridica. Lo Stato come persona giuridica ha bisogno dell'autorizzazione dello Stato come ente politico. Quest'opinione non è sostenibile secondo me. La doppia personalità dello Stato è una finzione, non è una realtà; lo Stato è unica persona, in quanto esercita poteri di diritto pubblico si dirà persona pubblica, in quanto esercita poteri di diritto privato si potrà considerare come persona privata, ma in sostanza c'è unità di persona. Ora essendovi unità di persona è inconcepibile uno sdoppiamento della personalità; e quindi è inconcepibile che lo Stato autorizzi se stesso. Vero è che se si istituisce erede il Ministero delle Finanze, il Ministero della P. Istruzione, ci vorranno delle formalità speciali per accettare la successione, ma queste formalità avranno un valore puramente amministrativo, perchè nessuna amministrazione dello Stato può compiere un atto senza osservare la legge sulla contabilità dello Stato e certe norme stabilite da leggi speciali. La mancata osservanza di queste norme però importerà un effetto puramente interno nei riguardi amministrativi, nei rapporti che intercedono tra le varie amministrazioni ed il governo centrale, non già effetti di ordine giuridico.

Anche gli Stati esteri possono succedere ad Italiani ed a stranieri i quali muoiono in Italia e lasciano dei beni situa=ti nello Stato italiano. Se lo Stato estero deve appropriarsi dei beni situati in Italia in base a successione, l'accet=tazione dello Stato estero deve avere bisogno d'autorizza=zione del nostro governo o pur no? Alcuni dicono di no, perchè si basano sul fatto che essendo ogni Stato indipendente e sovrano non può essere costretto a subire l'autorizzazio=ne del nostro Governo, la quale verrebbe a menomare la sovranità e l'indipendenza dello Stato estero. Si no=ta però in contrario che tale menomazione non c'è, perchè lo Stato estero anche sottoposto ad autorizzazione governativa, non viene a perdere in nulla la sua au=torità politica; e d'altra parte è giusto che dovendo lo Stato estero occupare dei beni situati nel territorio italiano, il governo d'Italia sappia se tale successione segua secondo le norme di legge e se vi sia stata o pur no lesione dei parenti legittimi del testatore. Anche gli stati esteri quindi hanno bisogno dell'auto=rizzazione governativa.

Altri requisiti per la validità dell'accettazione sono quelli comuni a tutti i negozî giuridici; ci vuole la mancanza di dolo e di violenza, cioè il con=senso perfetto. Però se l'accettazione è compiuta per er=rore, bisogna notare che l'errore a differenza di tutti i negozî giuridici non inficia l'atto d'accettazione. Questo è detto nel Codice all'art° 942. Per il Diritto romano l'accettazione non poteva annullarsi che solo

nel caso di violenza. Ove fosse intervenuto l'errore o anche il dolo l'accettazione non era impugnabile. Perchè i Romani non vollero che l'accettazione fosse annullabile per errore? Perchè l'errore che ordinariamente può intervenire nell'accettazione dell'eredità è l'errore che cade sulla sua entità patrimoniale; questo è l'errore più comune; se ne possono essere altri, ma sono trascurabili. Ora siccome i Romani partirono dal principio che l'eredità è un mero nomen juris poco importa se nel contenuto dell'eredità si sia o no sostanza patrimoniale, o se il passivo superi l'attivo. Per conseguenza ritennero che nemmeno il dolo potesse essere causa d'impugnativa, perchè il dolo non è che una delle possibili cause dell'errore. L'errore infatti può prevenire da diverse cause, può prevenire da un falso concetto che spontaneamente ci facciamo della cosa, oppure da un falso concetto che altri colle sue arti ha fatto nascere in noi intorno alla realtà della cosa. Nel primo caso si ha errore spontaneo, nel secondo caso si ha errore indotto, derivante da fatto altrui. Il codice nostro però oltre ad ammettere come causa d'impugnativa la violenza, ha ammesso anche il dolo; ma l'errore per se stesso, cioè quello che non sia effetto delle arti altrui, bensì di una nostra illusione, di un falso concetto che ci siamo formati, non è per la nostra legge causa d'impugnativa. È causa d'impugnativa solo se l'errore è originato dai raggiri, dalle arti altrui.

Fermiamoci all'errore. Abbiamo detto che l'errore non può essere causa di nullità dell'accettazione e ciò di=
cendo intendiamo comprendere sotto la parola errore, qualsiasi specie di errore; quindi, notate, non soltan=
to l'errore che cade sulla sostanza della cosa cioè sulla entità patrimoniale della cosa, perchè questo ri=
sulta dal codice stesso, in quanto si dice che non è impugnabile l'accettazione nemmeno se vi sia lesio=
ne e la lesione si sarebbe quando il passivo supe=
ra l'attivo; ma anche quando si tratta di altra specie d'errore. Ciò crediamo in contrasto cogli altri autori. Supponiamo che l'errore cade non sulla so=
stanza della cosa, ma sulla appartenenza dell'ere=
dità; una persona accetta l'eredità di Tizio perchè credeva che quel tale fosse suo parente, qui c'è erro=
re che cade sulla persona alla quale apparteneva l'eredità. Ora quest'errore può inficiare l'accettazio=
ne? Noi diciamo: no, perchè il codice adoperando la frase che l'accettazione può essere impugna=
ta per violenza o per dolo, ha escluso qualsiasi errore. Ora l'errore sulla persona è una specie d'errore che la legge quando parla dei contratti, tratta egualmente che l'errore sulla sostanza del=
la cosa. Per il nostro codice l'errore sulla persona per cui riguardo si compie l'atto giuridico, non importa inesistenza, ma semplice annullabilità. Sicchè la legge eliminando l'errore dalle cause per cui si può impugnare l'accettazione, l'ha eli=

minato in tutti quei possibili casi, in cui se si trattasse di altro atto giuridico, questo sarebbe annullabile; quindi non solo l'errore sulla sostanza, ma anche l'errore sulla persona per cui riguardo fu accettata l'eredità, non hanno alcuna influenza sulla validità dell'atto. Invece l'errore che importa mancanza di consenso si ha in un altro caso, quando volendo accettare l'eredità di Cajo, per sbaglio di chi ha manifestato la mia volontà o del notaio che ha scritto l'atto, o dell'ufficiale telegrafico che ha trasmesso la volontà, ecc. accetto l'eredità di Tizio. In questo caso, siccome la volontà interna non coincide colla dichiarazione esterna, c'è mancanza di consenso. Perciò l'errore vizia l'accettazione solo quando sia derivato dalle male arti delle persone interessate.

A questo riguardo si fa una quistione. Perchè l'accettazione possa essere impugnata a causa di dolo, si richiede che il dolo parta da uno degli interessati, oppure basta che vi sia il dolo, da chiunque sia derivato? La quistione nasce perchè il codice civile seguendo la tradizione romanistica, rende impugnabile il contratto solo quando il dolo sia derivato dall'altra parte contraente, invece se il dolo è derivato da un terzo, il contratto non è impugnabile. Ora che cosa si deve ritenere rispetto all'accettazione? Quegli autori, di cui discorremmo nella passata lezione, che partono dal

concetto falso che l'accettazione sia un contratto od un quasi contratto, non hanno difficoltà ad applicare lo stesso principio posto dalla legge rispetto ai contratti; poichè per i contratti, dicono costoro, la legge dispone che il dolo allora inficia il contratto quando deriva dall'altra parte, lo stesso dobbiamo dire per l'accettazione; questa sarà annullabile, solo se il dolo derivi da persona interessata all'accettazione, come sarebbero i creditori ereditarî. Invece noi che partiamo dal concetto opposto che l'accettazione non sia contratto, nè quasi-contratto, ma un atto unilaterale, diciamo che la regola concernente il dolo per i contratti non è applicabile all'accettazione dell'eredità perchè è regola di diritto eccezionale, poco o niente giustificabile e quindi deve rimanere nei limiti assegnati dalla legge, ossia deve essere applicata soltanto ai contratti; mentre per tutti quegli atti che non possono considerarsi contratti deve applicarsi il principio generale che ogni qualvolta il consenso non sia perfetto lo atto è annullabile.

Intorno alla violenza c'è poco da dire. Si applicano gli stessi principii che valgono per i contratti. La violenza può essere fisica e morale e la violenza morale deve essere tale da fare impressione ad un uomo sensato. La violenza sia che parta da un terzo o dall'interessato rende sempre annullabile l'accettazione. Il codice dice ancora che l'accettazione non è impugnabile per causa di lesione. E questa disposizione è stata posta dal nostro codice appunto perchè il codice francese pure ammettendo

che l'accettazione non potesse impugnarsi se non per dolo e violenza faceva eccezione per il caso di lesione oltre la metà, derivante dalla scoperta di un testamento sconosciuto al tempo dell'accettazione. L'accettante poteva far rescindere l'accettazione per lesione ultra dimidium. Il nostro codice non ha voluto sapere di ciò, però anch'esso s'è giustamente preoccupato del caso della scoperta di testamento ignoto al tempo dell'accettazione, regolandolo nell'ultimo capoverso dell'art° 942. Se alcuno dopo avere accettata l'eredità in base a testamento o a successione legittima viene a scoprire un altro testamento in cui si contengono dei legati prima sconosciuti, di modo che il pagamento di questi legati importerebbe un'esorbitanza del passivo sull'attivo, in questo caso l'accettazione non si può paragonare a quella che ha luogo dopo avere fatto i calcoli opportuni; ed è perciò che la legge dispone che sebbene l'accettazione non sia impugnabile, pure l'erede che si trova in questa condizione speciale non è obbligato a pagare i legati oltre l'attivo ereditario e di più può sempre prelevare dall'attivo ereditario ciò che gli spetta per diritto di legittima. Per l'applicazione della norma ora esposta, occorre che s'avverino tre requisiti di fatto: 1°) che l'accettazione sia avvenuta e senza il beneficio d'inventario; 2°) che dopo l'accettazione si scopra un testamento il quale istituisce erede la stessa persona che ha accettato, perchè se si facesse nuova istituzione d'erede, allora venendo meno la stessa vocazione ereditaria dell'accettante la questione non nascerebbe, oppure sia un testamento che contenga solo di=

sposizioni a titolo particolare; 3°) che i legati contenuti nel nuovo testamento o da soli o insieme con i legati contenuti nel precedente testamento superino l'attivo ereditario, cosicchè l'erede, pagandoli, dovrebbe soffrire una perdita. Quando s'è accettata l'eredità, l'erede riteneva che l'attivo superava il passivo e perciò ha accettato puramente e semplicemente senza il beneficio dell'inventario; sicchè quando s'è posteriormente scoperto un testamento, evidentemente egli si trova defraudato nelle sue giuste aspettative, i suoi calcoli risultano errati e non per colpa sua; quindi la legge gli viene in soccorso dandogli il diritto di pagare i legati non oltre l'attivo ereditario: e se egli ha pagato i legati di un primo testamento per intero ed i legati posteriori vengono a superare di gran lunga l'attivo ha diritto di fare ridurre i legati pagati precedentemente, di modochè i legati pagati e da pagare non superino cumulativamente l'attivo ereditario. Inoltre la legge dice un'altra cosa che a prima vista non si capisce bene: cioè che all'erede resta salva la porzione legittima che gli sia dovuta. Dicevamo "a prima vista„ perchè essendo la quota di riserva per se stessa inattaccabile, parrebbe che lo erede avesse sempre il diritto di prelevare dall'attivo ereditario la sua porzione di legittima, prima di passare al pagamento dei legati; e questo in tutti i casi, anche se avesse accettato puramente e semplicemente; e perciò la salvezza di cui si parla nella fine dell'art° 942 sarebbe meramente superflua. Ma non è così: il nostro codice, a differenza del diritto anteriore, prescrive, come

vedremo a suo tempo, la necessità del beneficio dell'inventario per avere sempre, e contro tutti i donatari e legatari, salvo il diritto alla legittima. Infatti nell'art° 972 dispone che «l'erede, a cui è dovuta la legittima, quantunque non abbia accettato col beneficio d'inventario, può far ridurre le donazioni od i legati fatti ai suoi coeredi» Donde risulta, per argomentazione a contrario che se non ha accettato con beneficio d'inventario non può far ridurre le donazioni ed i legati fatti ad estranei. Perciò la necessità di fare espressa riserva del diritto alla legittima nel caso contemplato nell'art° 942. Cosicchè in quell'articolo, l'erede, sebbene abbia accettato puramente e semplicemente, è rispetto ai legati (ai legati, si noti, non già anche ai debiti) equiparato all'erede con beneficio d'inventario, in quanto 1°) egli ha diritto di pagare i legati intra vires, 2°) ha diritto, per far salva la sua legittima, di ridurre i legati anche se fatti ad estranei e non soltanto quelli fatti ai coeredi.

Così abbiamo parlato dei varî casi in cui manca la piena validità dell'accettazione. Quali sono le conseguenze? Quando mancano i requisiti per l'esistenza, l'accettazione è inesistente; quando mancano i requisiti per la piena validità l'accettazione è annullabile. Si domanda ora: il diritto di far valere l'inesistenza dell'accettazione si prescrive o no? Il diritto di fare annullare l'accettazione in quanto tempo si prescrive? Il diritto di fare dichiarare inesistente un'accettazione, di considerare l'accettazione come non mai avvenuta, e ciò quando man-

cano i requisiti essenziali, per me è un diritto imprescrittibile, mentre per gli altri autori è un diritto che si prescrive in trent'anni. Perchè è un diritto imprescrittibile? Perchè quando si compie un atto giuridico nullo, siccome quod nullum est nullum producit effectum, non nasce alcun diritto speciale ad impugnare quest'atto. Se ci fosse un diritto speciale e quindi un'azione corrispondente, certamente questa dovrebbe sottostare al termine di 30 anni per la prescrizione. Ma quando si compie un atto giuridico nullo è come se niente si fosse fatto. Ora quando non s'è fatto niente, c'è sempre il diritto di dire: non ho fatto niente che si dia il diritto d'accampare pretesa verso di me; così se si compie un atto giuridico nullo, la persona contro cui si volessero far valere certe conseguenze può sempre dire: non ho fatto mai niente, non ho mai dichiarato la volontà, in quanto la dichiarazione di volontà è apparente, inesistente, è come se non l'avessi fatta. Supponiamo che uno abbia fatto dichiarazione d'accettare l'eredità, trovandosi nello stato di ubbriachezza completa, di demenza, di suggestione ipnotica, ecc; Se i creditori ereditarî passati 30, 40 anni si rivolgono contro questo preteso accettante per avere il pagamento dei debiti, questi può rispondere: nulla vi debbo, io sono nella stessa condizione di colui che non ha mai accettato. Nella realtà però accade molte volte che questo diritto di far valere l'inesistente accettazione non ha alcuna pratica efficacia, perchè s'incontrano degli ostacoli speciali, non già

perchè sia prescritto. Supponiamo che un erede abbia fat=
to un'accettazione nulla ed abbia pagato i debiti eredi=
tarî. Se dopo 30 anni si ricorda che l'accettazione era nul=
la e perciò si rivolge ai creditori ereditarî per aver re=
stituite le somme pagate, costoro potranno rispondere: a=
strattamente avrai il diritto di far dichiarare nulla l'ac=
cettazione in quanto non è prescritta l'azione corrispon=
dente; ma se non è prescritta quest'azione è prescrit=
ta l'azione per ripetizione d'indebito. Ecco come in mol=
ti casi sebbene sussista il diritto questo viene praticamen=
te ad essere inefficace; e forse su questa considerazione d'ordine
pratico si fonda l'opinione che noi combattiamo. Inve=
ce l'azione per impugnativa o per annullamento di un
atto esistente ma invalido è sottoposta a prescrizione.
Ma a quale prescrizione? Vi sono varie opinioni. Se=
condo me è sottoposta alla prescrizione trentennale, se=
condo la maggioranza degli autori è sottoposta alla pre=
scrizione quinquennale. Questi autori si basano sull'art°
1300 C.C. in cui si dice che le azioni o di nulli=
tà o di rescissione di un contratto durano per cin=
que anni, in tutti i casi in cui non siano state
ristrette a minor tempo. Ora siccome detti autori par=
tono dal concetto errato che l'accettazione sia un con=
tratto, o per lo meno un quasi-contratto, così sostengo=
no che al pari delle azioni di annullamento o resci=
sione di un contratto, le azioni d'impugnativa d'accet=
tazione di eredità si prescrivono in cinque anni. Vi
sono altri però che, pur ammettendo che l'accettazio=

ne non sia un contratto, credono che l'art° 1300, sebbene letteralmente si riferisca ai contratti pure per lo spirito abbraccia tutti gli altri atti giuridici, cosicchè il termine di cinque anni si deve ammettere anche per l'accettazione. Astrattamente costoro hanno ragione, perchè logicamente non si trova ragione di scelta per cui le azioni d'impugnativa di un contratto si debbono prescrivere in cinque anni, mentre le azioni d'impugnativa per gli altri atti giuridici si debbono prescrivere in un tempo più lungo. Ma se non c'è la ragione logica, c'è la ragione letterale, in quanto la legge nell'art° 1300 parla semplicemente di contratti, e inoltre questa è una disposizione eccezionale poichè il principio generale del nostro codice è quello che tutte le azioni reali o personali si prescrivono in trent'anni. Perciò se la disposizione dell'art° 1300 è eccezionale è evidente che essa deve ritenersi nei stretti limiti posti dal legislatore; se la legge parla di contratti, noi non possiamo estendere senz'altro questa disposizione anche agli atti che non sono contratti. Noi riteniamo perciò che le azioni per impugnare l'accettazione, o per incapacità, o per violenza, o per dolo, non possono prescriversi che col decorso di 30 anni dal giorno dell'accettazione. Avvenuto l'annullamento dell'accettazione, siccome esso ha effetto retroattivo, le cose ritornano ad pristinum. Quindi l'erede è come se giammai avesse accettato: potrà perciò rinunziare all'eredità, accettare con beneficio d'inventario o anche puramente e sempli=

cemente, e se muore senza aver rinunziato, nè accettato, prima che siano scorsi trent'anni dall'apertura della successione, trasmette ai suoi eredi la facoltà d'accettare. Se rinunzia o lascia decorrere inutilmente il tempo per accettare fissato dalla legge o dal magistrato sull'istanza degl'interessati, si considera come se mai fosse stato erede, e quindi la sua quota s'accrescerà ai coeredi o si devolverà a quelli chiamati in grado ulteriore: dovrà rendere conto ai coeredi di tutto ciò che ha ricevuto *jure haereditatis* e d'altra parte i coeredi debbono restituirgli ciò che per obbligo di collazione abbia conferito nella massa, e rimborsargli le somme erogate per pagamento di debiti ereditarî o di legati, o per spese di conservazione o di miglioramento dei beni ereditarî. Abbiamo parlato così delle cause di annullabilità dell'accettazione; vi sono dei casi in cui l'accettazione pur essendo valida può perdere la sua efficacia non ci occuperemo del caso ovvio d'una accettazione d'eredità fatta da un'erede istituito sotto condizione risolutiva. Se l'erede istituito sotto condizione risolutiva compie l'accettazione, verificandosi la condizione risolutiva, siccome è distrutta la stessa vocazione ereditaria, l'accettazione viene posta nel nulla in quanto essa pressuppone l'esistenza di quella qualità. Il caso più degno di studio è quello in cui l'accettazione sia compiuta in frode ai creditori dello accettante. Supponiamo che il patrimonio dell'accettante sia oberato di debiti in modo che basterebbe ap-

pena per pagare i suoi creditori, a costui è devoluta una eredità in cui il passivo supera l'attivo; allora egli per fare dispetto ai suoi creditori, per defraudare i creditori del diritto che essi hanno sul suo patrimonio, accetta l'eredità oberata, inquantocchè avvenendo la confusione del patrimonio suo col patrimonio ereditario, avranno diritto a concorrere su tutto non solo gli eredi personali dell'accettante, ma anche quelli del defunto. Si domanda: in questo caso c'è la possibilità d'intentare l'azione revocatoria o Pauliana da parte dei creditori dell'erede?

Nel Diritto romano ciò è dubbio; nel diritto moderno non potendo dubitarsi che tutte le alienazioni in senso lato, cioè tutti gli atti che importano diminuzione del patrimonio e che sono stati compiuti in frode dei creditori; possono essere revocati per mezzo dell'azione Pauliana, si deve dire che anche per l'accettazione di eredità vale il principio generale di cui nell'art° 1235 C.C. La quistione però sorge relativamente all'onere della prova. È noto che perchè s'abbia l'azione Pauliana debbono concorrere i due estremi, cioè il danno subito, fatto questo che si prova facilmente quando si dimostra che il patrimonio coll'accettazione non basta più a soddisfare i creditori; ed il consilium fraudis. Orbene, il consilium fraudis, deve trovarsi soltanto nel debitore accettante oppure bisogna che vi sia l'accordo fra il debitore accettante e gli altri interessati, ossia i creditori dell'eredità del defunto? La controversia è grave. Il codice allo art° 1235 tiene due vie diverse, a seconda la diversa

natura dell'atto che si vuole impugnare: se l'atto è a titolo gratuito, basta provare la frode nel solo debitore, invece se si tratta di atto oneroso si richiede anche la scienza della frode in colui che ha contrattato col debitore fraudolento. Nel caso dell'accettazione che deve dirsi? L'imbarazzo viene da questo, che l'accettazione non è contratto: e anche se si volesse ritenerlo come contratto, non può agevolmente annoverarsi nè tra i contratti gratuiti, nè tra gli onerosi. Alcuni ritengono che ci vuole la complicità dei creditori dell'eredità, dimodochè i creditori dell'erede debbono dimostrare non solo che l'accettante fu in frode, ma che anche i creditori dell'eredità furono consapevoli della frode. Altri sostengono che basta provare la frode nel debitore accettante perchè l'accettazione possa essere impugnabile. Quale opinione seguiremo? Quest'ultima perchè ci sembra la migliore per diverse ragioni, ragioni letterali e ragioni logiche. Anzitutto l'art° 1235 quando richiede la prova della complicità della frode si riferisce al caso più comune, più ovvio, che cioè il complice della frode sia un contraente. Siccome nel caso dell'accettazione non si può parlare di due contraenti, evidentemente la lettera della legge non trova applicazione. C'è un'altra ragione logica migliore di questa. La legge vuole che solo per gli atti a titolo oneroso, sia necessaria la prova della complicità, non per gli altri. Che s'intende per atto a titolo oneroso e a titolo gratuito? Sappiamo tutti che cosa sono i contratti a titolo oneroso e a titolo gratuito, ma non si può appli-

care lo stesso criterio per determinare in generale quale sia l'atto a titolo oneroso e quale a titolo gratuito per gli effetti dell'azione Pauliana. L'accettazione è un atto a titolo oneroso o a titolo gratuito? Se vogliamo applicare il criterio per i contratti, non c'è da raccapezzarsi. Dire che sia atto a titolo oneroso non è esatto perchè l'accettante non si obbliga mediante un corrispettivo; dire che si tratti di un atto a titolo gratuito non è neppure esatto in quanto non c'è l'animo della liberalità in chi accetta. Se vogliamo estendere la disposizione dell'art° 1235 a tutti gli atti in generale, dobbiamo prendere le frasi « a titolo oneroso o a titolo gratuito» in un senso più ampio: dobbiamo ritenere che allora si ha atto a titolo oneroso allorquando una persona, diversa da chi dichiara la volontà, non riceva dall'atto alcun vantaggio, invece se dall'atto riceve qualche vantaggio che non avrebbe ricevuto se l'atto non si fosse compiuto, dobbiamo dire che si tratti di un atto a titolo gratuito. Questo è il criterio che bisogna seguire e che noi con la dottrina dominante abbiamo seguito altra volta discorrendo se la costituzione di dote sia un atto a titolo oneroso o a titolo gratuito per il marito. Per risolvere quest'opinione non abbiamo noi applicato allora i criterî dei contratti, ma abbiamo sostenuto che siccome il marito non riceve dalla costituzione di dote un vero e proprio vantaggio, in quanto deve sostenere i pesi del matrimonio, così si deve dire che è un atto a titolo oneroso. Lo stesso criterio generale dobbiamo applicare per l'accettazione. Crediamo

che sebbene l'accettazione sia un atto unilaterale non in=
formato allo spirito di liberalitá pure i creditori del defun=
to acquistano dei vantaggi che non avrebbero avuto senza
l'accettazione. Se l'accettazione non avviene i creditori ere=
ditari non hanno altra garanzia che il patrimonio del
defunto; invece avvenuta l'accettazione, oltre a quella garan=
zia avranno anche l'altra derivante dal patrimonio del=
l'erede; quindi c'è un vantaggio su cui non poteva=
no fare assegnamento. Perciò bisogna dire che l'accetta=
zione sia un atto a titolo gratuito e che chi impugna
quest'atto come fatto in frode ai suoi diritti deve pro=
vare solo il consilium fraudis nel solo debitore, non giá
la coscienza di frodare da parte degli altri creditori in=
teressati.

Lezione XIa

Sommario

Trasmissione del diritto d'accettare. Le condizioni necessarie perchè la trasmissione s'avveri. Differenza tra trasmissione e successione per rappresentazione. Prescrizione della facoltà d'accettare. Sua indole ed effetti. Casi in cui è abbreviato il termine di 30 anni.

Per completare l'argomento dell'accettazione, in generale dobbiamo discorrere della trasmissione del diritto di accettare e della prescrizione di esso, cose di cui più volte, incidentalmente, abbiamo fatto cenno.

Sappiamo che il diritto d'accettare si trasmette sempre senza eccezione, mentre il contrario avveniva nel Diritto romano. Nel Diritto romano se una persona, alla quale era devoluta l'eredità, moriva prima d'accettare, gli eredi non avevano diritto d'accettare in sua vece. Il principio era così formulato da Giustiniano « *Haereditatem nondum aditam veteres transmitti non concedebant, nec nos patimur* ». Questo derivava dal perchè si considerava il diritto di accettare come un diritto personale. Con l'apertura della successione l'erede non acquistava un diritto patrimoniale, perchè l'eredità non si trasferiva ipso jure, ma solo coll'accettazione, onde prima dell'accettazione non c'era niente nel patrimonio del

chiamato all'eredità. Il chiamato all'eredità aveva il diritto personale che perciò non si poteva trasmettere. Solo eccezionalmente s'ammise in certi casi, che non sto a ricordare, la trasmissione dell'eredità. Invece, il nostro codice, seguendo i principî del diritto consuetudinario francese, ammesso che l'eredità s'acquista ipso jure, sebbene sotto la condizione sospensiva dell'accettazione, non poteva non accogliere la conseguenza necessaria che il diritto d'accettare l'eredità si trasmette agli eredi di colui al quale l'eredità fu devoluta e che non potette accettarla (art° 939).

Quali sono le condizioni perchè possa avvenire la trasmissione di cui parla l'art° 939? Sono tre: 1°) che sia seguita la devoluzione in favore della persona morta senza accettare; 2°) che questa persona sia morta senz'accettare; 3°) che i suoi eredi accettino l'eredità di essa.

Anzitutto è necessario che l'eredità sia stata devoluta a favore d'una persona che è morta senza accettare; dico devoluzione e non già semplicemente apertura, perchè non basta che l'eredità sia stata aperta, ma occorre che sia stata devoluta in favore di una determinata persona. Noi abbiamo visto altra volta come l'apertura e la devoluzione siano due concetti che coincidono spesso, in quanto nello stesso, tempo in cui avviene l'apertura avviene la devoluzione; ma delle volte avviene che

la devoluzione segue in tempo diverso. Infatti la devo=
luzione non coincide coll'apertura dell'eredità, allorquan=
do il primo chiamato rinunzia all'eredità, perchè in
tal caso la devoluzione in favore di colui che sottentra
nel posto del rinunziante si avvera al tempo della
rinunzia; oppure quando uno è istituito erede sotto
condizione, nel qual caso la devoluzione avviene quan=
do si verifica la condizione. Perciò abbiamo detto che
per trasmettere agli eredi la facoltà d'accettare è ne=
cessario che l'eredità sia stata devoluta. Su questo pun=
to nascono parecchie quistioni che dobbiamo esamina=
re. Se colui che è morto senza accettare l'eredità è
il primo chiamato dalla legge, o dal testamento, sen=
za dubbio l'eredità è stata a lui devoluta nel mo=
mento stesso in cui s'è aperta la successione. Muore
un Tizio, lasciando un figlio: nel tempo stesso in cui
si apre la successione si devolve l'eredità al figlio.
Onde se questi muore prima d'accettare l'eredità, il
diritto di accettare si trasmette ai suoi eredi, senza
dubbio. Facciamo un altro caso: muore una persona
che lascia un figlio ed un fratello. Si tratta di suc=
cessione ab intestato. Per legge i figli succedono al
padre. In mancanza di figli si passa agli altri
parenti più prossimi. Il figlio che si trova ad essere
vivente al tempo della morte del suo genitore, ha la=
sciato passare 10 anni senza accettare. In capo ai 10
anni ha rinunziato, però prima che rinunziasse, in
questi 10 anni è morto il fratello del de cujus, colui

al quale sarebbe spettata la successione, in caso di rinunzia da parte del figlio primo chiamato. Si dice: gli eredi di questo fratello hanno essi il diritto d'accettazione per trasmissione? La questione si risolve vedendo se al fratello in questo caso sia stato o no devoluta l'eredità, perchè se è stata devoluta egli ha trasmesso il diritto d'accettare, se non è stata devoluta non l'ha trasmesso. Ora è viva questione tra i giuristi se la devoluzione avvenga anche in favore dei successivi chiamati prima della rinunzia del primo chiamato, oppure avvenga solo al tempo della rinunzia. Perchè se la devoluzione in favore del chiamato in secondo luogo avviene solo al momento della rinunzia, in questo caso, siccome il secondo chiamato è morto prima della rinunzia del primo chiamato, la devoluzione non ha avuto luogo, e quindi non ha luogo il diritto ai trasmissione. Invece ritenendo che la devoluzione avviene contemporaneamente in favore di tutti i successibili, sebbene in modo eventuale, ne viene la conseguenza che, sebbene il secondo chiamato sia morto prima della rinunzia fatta dal primo chiamato, egli avendo il diritto d'accettare l'eredità in modo eventuale, che è poi diventato definitivo con la rinunzia, questo diritto l'ha trasmesso. Noi riteniamo che sia giusta questa seconda opinione. La devoluzione nel diritto nostro avviene al momento dell'apertura dell'eredità, non solo in favore del primo chiamato, ma anche in favore degli altri successibili, cioè di coloro che possono

essere chiamati in luogo del primo rinunziante, solo avviene in modo condizionale, eventuale. Ciò in base al principio che la rinunzia ha effetto retroattivo. Quando il primo chiamato rinunzia, egli si considera come se non fosse stato chiamato mai all'eredità e quindi si considera che fosse stato chiamato all'eredità colui che deve succedere in suo luogo. Ora, quando il primo chiamato rinunzia, poco importa che la rinunzia sia avvenuta dopo la morte del secondo chiamato; questi si deve reputare che abbia avuta la chiamata ereditaria e che abbia avuto il diritto di devoluzione e quindi egli lo trasmette ai suoi eredi. Perciò, anche nel caso proposto, gli eredi del fratello del defunto avranno diritto d'accettare l'eredità. Questa opinione si conferma col confronto tra il Diritto romano ed il diritto nostro. Nel Diritto romano la cosa era diversa, perchè nel Diritto romano la capacità a succedere si regolava avuto riguardo al tempo in cui aveva luogo la rinuncia. Quindi se una persona potesse o no considerarsi capace di succedere in luogo di un'altra che aveva rinunziato, bisognava vedere se esisteva al tempo della rinunzia. Invece nel diritto nostro per decidere intorno alla capacità a succedere, bisogna sempre guardare al tempo dell'apertura della successione. Sono capaci non già coloro che esistevano nel momento in cui avviene la rinunzia, ma solo quelli che avevano la capacità nel momento in cui s'aprì la successione. Perciò se incontriamo una persona che esisteva, che aveva tutta

la capacità, al momento dell'apertura della successione poco importa che sia premorta al rinunziante. Poichè essa aveva la capacità e la rinunzia ha avuto effetto retroattivo, in modo tale che senza difficoltà si può ritenere verificata a suo favore la devoluzione e quindi acquistato fin dal primo momento il diritto di accettare, che perciò è stato validamente trasmesso. Una diversa soluzione si deve seguire nel caso di uno istituito erede sotto condizione. Una persona istituisce erede per testamento Tizio "si navis ex Asia venerit" cioè se avverrà un dato fatto. Prima che s'avveri la condizione Tizio muore; e solo dopo la sua morte la condizione s'avvera. I di lui eredi possono accettare l'eredità jure trasmissionis? Secondo i principî generali dovrebbe rispondersi sì, perchè chi muore prima che s'avvera la condizione, è uno che aveva un diritto sottoposto a condizione, ed i diritti sottoposti a condizione, per regola generale, si trasmettono agli eredi; onde, se quel dato avvenimento si verifica anche dopo la morte del titolare il diritto viene ad essere validamente acquistato. Ma in materia testamentaria la cosa è diversa, e ciò per disposizione speciale del nostro codice derivante dal Diritto romano e della quale non si può dare giustificazione sufficiente. L'art° 853 stabilisce che "ogni disposizione testamentaria sotto condizione sospensiva è priva di effetto se la persona a cui favore è fatta muore prima che la condizione siasi verificata" Da ciò segue che se alcuno è istituito erede sotto condizione, e muore

prima che la condizione si verifichi la sua chiamata ereditaria vale come non fatta, e quindi, ancorché la condizione dopo s'avveri, gli eredi non hanno diritto d'accettare per trasmissione inquantoché la devoluzione non era ancora avvenuta al tempo della morte del loro autore, essendosi verificata dopo la condizione. Un'altra questione sorge rispetto alla successione testamentaria, quando alcuno è istituito erede ed a lui è sostituita altra persona, ossia quando c'è la cosiddetta sostituzione volgare. Istituisco erede Tizio, e se Tizio non vorrà o non potrà accettare, gli sostituisco Cajo. Suppongasi che Cajo sostituito muoia prima che Tizio manifesti la sua volontà d'accettare o rinunziare, o che Tizio primo chiamato rinunzi dopo la morte del sostituito. Si domanda: gli eredi del sostituito hanno diritto di accettare per diritto di trasmissione? Se il sostituito fosse morto dopo la rinunzia fatta dall'istituito, senza dubbio il diritto d'accettare sarebbe passato agli eredi. Ma il caso da me presentato è diverso, cioè è il caso in cui il sostituito sia morto prima che l'istituito abbia rinunziato. Quale principio si deve seguire in questo caso? Il principio che abbiamo accolto in materia di devoluzione successiva, o il principio che abbiamo accolto pel caso d'esistenza di una condizione? Bisogna accogliere il secondo principio. Infatti che cosa è la sostituzione? Non è altro

che una disposizione condizionata alla rinunzia del primo istituito. Quando dico: istituisco erede Tizio e, se Tizio non vuole o non può accettare, sostituisco Cajo, fo un'istituzione condizionata, perchè io voglio che sia mio erede Cajo se Tizio non vuole o non può accettare. Quindi qui si deve applicare l'art° 853 dal quale si dispone che ogni disposizione sottoposta a condizione è senza effetto se il beneficato muore prima che si verifichi la condizione.

La seconda condizione perchè si verifichi la trasmissione del diritto d'accettare è la mancata accettazione da parte dell'erede a cui l'eredità fu devoluta. Questo si capisce da sè. Se l'erede al quale l'eredità fu devoluta abbia accettato, non trasmette il semplice diritto d'accettare, ma trasmette il diritto già acquistato in base all'accettazione. Quando una persona ha accettato l'eredità, morendo trasmette i beni proprî e i beni derivati dall'eredità; allora non c'è alcuna specialità. Invece la specialità sorge nel caso che la persona a cui l'eredità è deferita non abbia accettato, in quanto che allora si trasmettono all'erede non già i beni materiali, non già i diritti e gli obblighi inerenti all'eredità, ma si trasmette il diritto di accettare. Vi è poi un caso in cui anche se la persona a cui l'eredità fu devoluta abbia rinunziato, pur nondimeno

si trasmette il diritto d'accettare. Pare strano questo, ma la stranezza scomparirà subito, quando si pensi, che sebbene per principio generale chi ha rinunziato all'eredità, non può di nuovo ritornare sui suoi passi ed accettare, perchè la rinunzia è irrevocabile, pure in un caso si fa eccezione; quando dopo la rinunzia, nessuno ha accettato l'eredità, e non siano trascorsi 30 anni, dal giorno dell'apertura della successione, il rinunziante può accettare l'eredità, alla quale aveva rinunziato (art° 950). Ora supponiamo il caso che una persona abbia rinunziato all'eredità e dopo la rinunzia sia morta. Non sono trascorsi 30 anni dal giorno dell'apertura della successione, e nessun altro ha accettato l'eredità: gli eredi del rinunziante possono essi accettare l'eredità? Sì. Lo stesso diritto che competeva al loro autore, si trasmette agli eredi. Se il loro autore, essendo vivo, nonostante la rinunzia, avrebbe dopo potuto accettare, purchè si fossero verificate le condizioni dell'art° 950 C.C. per la stessa ragione potranno accettare i suoi eredi.

Terza condizione: gli eredi che vogliono accettare l'eredità trasmessa dal loro autore, e da costui non accettata, debbono accettare l'eredità del loro autore. Tizio ha lasciato la sua eredità a Cajo, il quale è morto senz'accettare. Egli lascia degli eredi per es: dei figli. I figli di Cajo per avere il diritto d'accettare l'eredità di Tizio, (primo de cujus) che cosa debbono fare? Debbono anzitutto accettare l'eredità del loro autore immediato, cioè di Cajo. Ciò si capisce facilmente, perchè su che cosa

si basa il diritto d'accettare un'eredità deferita ad una persona e da questa non accettata? Si basa sul principio che questo diritto forma parte di un patrimonio ereditario, quindi chi non accetta l'eredità del trasmittente, non può accettare l'eredità a colui devoluta. E ciò è ben naturale, come può comprendersi da alcuni esempii che io adduco per ragion di comparazione. Sono erede di Tizio: perchè io possa esercitare una azione spettante a Tizio, mio autore, che debbo fare? Debbo accettare l'eredità di lui. Posso esercitare una sola azione, un solo diritto di credito, spettante al mio autore, senz'accettare l'eredità tutta? No, perchè l'eredità è un tutto indivisibile: chi vuole esercitare un diritto ereditario, deve aver accettata tutta l'eredità alla quale il diritto appartiene. Così ancora se gli eredi del trasmittente un'eredità non accettata, vogliono avvalersi del diritto d'accettare questa eredità, debbono prima di tutto accettare l'eredità del loro autore. Quindi se essi rinunziano all'eredità del loro autore perchè passiva, non possono accettare l'eredità che a lui fu devoluta, perchè non ci sarebbe la base del diritto d'accettare. Può darsi però il caso che più eredi del trasmittente non siano d'accordo intorno all'accettazione dell'eredità trasmessa, sebbene tutti siano d'accordo nell'accettare l'eredità propria del loro autore. Che cosa bisogna fare? Il diritto francese antico lasciava al magistrato la facoltà di decidere in questo caso *quid utilius*. Il Codice Napoleone prese u-

va misura che non sembra troppo soddisfacente. Nel caso di disaccordo tra più coeredi del trasmittente bisogna che tutti accettino col beneficio dell' inventario l'eredità trasmessa. Ma giustamente si notò che questo rimedio non è sempre utile, inquantochè il beneficio dell' inventario serve ad evitare l' inconveniente che si verifica nel caso in cui l'eredità trasmessa sia oberata di debiti, e quindi si presuppone che ragione del disaccordo sia stata appunto l' esistenza dei debiti; mentre invece il disaccordo può nascere da tante altre cause a toglier le quali il rimedio del beneficio d' inventario non giova. I varî eredi del trasmittente possono essere in disaccordo tra loro intorno all' accettazione dell' eredità trasmessa, poniamo, per ragioni morali, come per es: nel caso che l' eredità appartenga a persona che abbia avuta relazione illecita col trasmittente. Non solo; accettando l' eredità trasmessa dal loro autore essi dovrebbero per es: mettere in collazione le donazioni fatte al loro autore da chi gli lasciò la eredità; e in vista di ciò alcuni vogliono accettare, altri no. Quindi il disaccordo potendo derivare da varie cause, il beneficio dell' inventario non gioverà sempre a dirimerlo. Il nostro codice perciò ha meglio provveduto, stabilendo che quando tra i varî coeredi del trasmittente vi sia disaccordo intorno all' accettazione dell' eredità trasmessa dal loro autore, chi vuole accettare può accettare da solo senza il consenso degli altri, ed egli solo acquista tutti i diritti e tutti gli

obblighi inerenti all'eredità, mentre gli altri che non hanno voluto accettare restano estranei (art° 940). Abbiamo detto che per accettare l'eredità trasmessa è necessaria l'accettazione dell'eredità del trasmittente. Ma se gli eredi accettano l'eredità del trasmittente, sono forse obbligati ad accettare l'eredità trasmessa? No, perchè quando alcuno muore senza avere accettato l'eredità a lui devoluta, trasmette ai suoi eredi il diritto d'accettare, ma insieme col diritto d'accettare trasmette il diritto correlativo di ripudiare l'eredità. Il fatto che gli eredi di Cajo hanno accettato l'eredità di Cajo, non significa che siano obbligati ad accettare l'eredità di Tizio; possono ripudiarla inquantochè essi nell'eredità trovano il diritto d'accettare o di rifiutare. Questo si capisce da sè; ciò nonostante il codice lo ha detto espressamente nell'art° 941.

Giunti a questo punto, è necessario per fissare il concetto della trasmissione ereditaria, rilevare le differenze che si sono tra la successione jure trasmissionis e la successione jure raepresentationis. A prima vista si potrebbero confondere. Abbiamo già dato un cenno della successione per diritto di rappresentazione: la rappresentazione importa sostituzione legale di una persona in luogo di un'altra la quale sarebbe stata chiamata a succedere direttamente, se non fosse stata incapace o per premorienza, o per indegnità o per assenza. Qui abbiamo un fenomeno a prima vista simile a quello della trasmissione; in quanto ab-

biamo una persona chiamata all'eredità di un'altro, mancanza d'acquisto ereditario da parte di questa persona; e infine un terzo che acquista l'eredità in luogo di quello che sarebbe il vero chiamato. Eppure ci sono differenze rilevanti tra la successione per rappresentazione e la successione per trasmissione. In che consistono? Anzitutto la rappresentazione è sostituzione ex lege. Essa non è possibile se non in quei casi tassativamente determinati dalla legge, sicchè il diritto di rappresentazione intanto si può esercitare, in quanto la legge concede questo diritto indipendentemente dai rapporti ereditari che corrono tra rappresentante e rappresentato; cioè tra sostituito e persona che non ha l'eredità perchè incapace. Invece la trasmissione è una conseguenza di un principio generale, cioè l'eredità si trasmette agli eredi di colui che non l'ha accettata perchè forma parte del patrimonio ereditario. In secondo luogo diverso è il presupposto della trasmissione e della rappresentazione: questa suppone infatti impossibilità giuridica dell'acquisto da parte del primo chiamato (premorto, assente, indegno): quella invece suppone semplicemente la mancanza del fatto dell'accettazione da parte di chi ne aveva il diritto. Da ciò scaturiscono delle differenze di grande importanza pratica: 1°) Quando s'avvera la trasmissione dell'eredità, la persona che accetta l'eredità trasmessa è successore non già del primo de cujus, dell'autore originario, ma è successore del trasmittente, cioè di colui al quale l'eredità fu devoluta, ma che non accettò perchè egli in

tanto acquista l'eredità del primo de cujus e non accettata dall'autore immediato; in quanto trova il diritto d'accettare nel compendio ereditario dell'autore immediato; quindi è successore di costui e non di quell'altro. Invece che cosa abbiamo nel diritto di rappresentazione? Il rappresentante, cioè colui che per sè non avrebbe avuto diritto a succedere, ma che è chiamato per legge in sostituzione di chi v'era chiamato, ma è incapace, è successore non già di costui, ma è successore diretto, immediato del de cujus. Se Tizio muore e lascia un figlio il quale è indegno, i figli di questo indegno possono succedere per rappresentazione. Ma forse costoro sono eredi dello indegno? No, sono eredi del de cujus, sono eredi direttamente del nonno; e lo stesso si dica se la rappresentazione ha luogo pel caso di premorienza del primo chiamato. Invece quando una persona lascia l'eredità ad un figlio, il quale muore prima d'accettare l'eredità, questa si trasmette ai figli del figlio; ma i figli del figlio sono successori del loro padre e non del nonno. 2°) Altra differenza che è conseguenza di ciò che abbiamo detto è questa. Per vedere se una persona è capace a succedere o no, a che tempo bisogna guardare? Se si tratta di diritto di rappresentazione bisogna avere riguardo al tempo della morte di colui, la cui eredità si vuole acquistare; se invece si tratta di diritto di trasmissione, bisogna avere riguardo non già al tempo della morte di quello la cui eredità si vuole accettare, in forza della trasmissione, ma bensì della persona trasmittente. Fac=

ciamo degli esempi: un tale lascia un figlio, il quale è indegno di raccogliere l'eredità. Al momento della morte del padre, questo figlio indegno non ha prole e forse non è neppure coniugato, invece solo un anno o due anni dopo ha dei figli. I figli di questo indegno possono per diritto di rappresentazione succedere all'avo? Non possono, perchè essi non erano ancora concepiti al tempo della morte dell'avo, e siccome essi sono successori immediati dell'avo per diritto di rappresentazione, la loro capacità deve sussistere al tempo della morte di costui. Invece facciamo il caso della trasmissione: Tizio lascia l'eredità a suo figlio Cajo, il quale al tempo in cui è morto il padre era scapolo e quindi non aveva dei figli, e solo si ammoglia dopo. Se muore prima d accettare l'eredità lasciando dei figli, costoro possono accettare l'eredità devoluta al loro padre, ma da lui non accettata nonostante che al tempo in cui è morto l'autore originario, essi erano solo in mente Dei? Sì, certamente, perchè essi essendo successori del loro padre e non già dell'avo, poco importa che al tempo della costui morte non fossero nemmeno concepiti. 3°) Un'altra conseguenza ancora. Se si tratta del diritto di rappresentazione poco importa vedere se il chiamato a succedere per rappresentazione sia o no capace di succedere alla persona nel cui luogo sottentra. Facciamo il caso che una persona abbia lasciato due figli, uno dei quali gli sia premorto e che questo figlio premorto abbia lasciato dei figli. Costoro hanno diritto per rappresentazione alla successione dell'avo, nonostante che essi

siano indegni a succedere al loro padre, cioè alla persona in cui luogo sottentrano. E ciò perchè non esercitano un diritto ereditario, ma esercitano un diritto in nome proprio. Invece il contrario accade nel caso della trasmissione. Tizio lascia un'eredità a Cajo, il quale ha dei figli che sono indegni a succedergli. Possono essi accettare l'eredità devoluta al loro padre? No, perchè in tanto esercitano il diritto di trasmissione, in quanto vengono a esercitare un diritto ereditario, che suppone appunto la capacità verso la persona che trasmette.

4°) Un'ultima differenza consequenziale è questa: per esercitare il diritto di trasmissione bisogna accettare l'eredità del trasmittente, invece per esercitare il diritto di rappresentanza non c'è bisogno d'accettare l'eredità della persona in cui luogo si sottentra; si può rinunziare l'eredità di questa persona ed avvalersi del diritto di rappresentanza perchè non sono cose connesse. Chi esercita l'jus transmissionis, succede jure cesso, invece chi succede per diritto di rappresentanza succede jure proprio per un diritto derivatogli direttamente dalla legge, non già per diritto ereditario trasmesso da altra persona. Quindi non è esatto, come dicono gli autori, che i modi di successione siano tre: per diritto proprio, per rappresentanza e per trasmissione. La successione per diritto di trasmissione non è un modo speciale di succedere; è una conseguenza del principio generale che chi accetta l'eredità può esercitare tutti i diritti che sono in essa, e siccome nella eredità si trova il diritto d'ac=

cettare o ripudiare un'altra eredità, così si può esercitare questo diritto. Invece il diritto di rappresentazione è una figura per sè stante, speciale, perchè è un istituto singolare posto dalla legge per certi casi e per certe ragioni speciali.

Abbiamo così parlato della trasmissione del diritto d'accettare. Ma in quanto tempo si può fare l'accettazione? La legge non è stata esigente, ma ha lasciato all'erede un largo spazio per deliberare. L'erede in generale ha facoltà d'accettare puramente o semplicemente o col beneficio dello inventario o rinunziare, e questa facoltà può esercitarla nel tempo di 30 anni. Fin che dura questo tempo egli è sempre nel diritto di pensarci sù, di riflettere se convenga accettare o rinunziare, se gli convenga accettare in un modo piuttosto che in un altro. Passati i 30 anni che cosa avviene? La legge dice che la facoltà d'accettare si prescrive (art° 943); onde deriva la conseguenza logica che l'erede il quale ha lasciato passare 30 anni senz'accettare, si deve ritenere come rinunziante. Ma questa prescrizione è prescrizione estintiva semplicemente o presuppone un'usucapione in contrario? Alcuni hanno detto: allora la facoltà d'accettare si prescrive, quando l'erede che vuole accettare s'imbatte in persona che possiede i beni ereditarî da 30 anni, in modo da averli usucapiti. Quindi la facoltà d'accettare si estingue non direttamente, ma si estingue per riflesso dell'usucapione in contrario. Da tale opinione derivano gravi conseguenze pratiche. Infatti può darsi il caso che una persona abbia

trascurato di accettare l'eredità per 30 anni e dopo se ne sia ricordato. Insorgono allora gl'interessati a dire: «tu non puoi accettare perchè è trascorso il tempo stabilito dalla legge». Ma quegli risponde: «non potete negarmi la facoltà d'accettare, perchè non avete acquistato alcun diritto all'eredità, non avendo voi usucapito. Come si risolve la questione? Bisogna ricordare un po' i precedenti storici. Nel Diritto romano il diritto d'accettare era imprescrittibile essendo un diritto personale, una manifestazione della libertà della persona umana. Soltanto da questo diritto si decadeva se il magistrato avesse fissato un termine, come lo stesso avveniva se il testatore avesse stabilito il tempo della deliberazione: ma in generale non si prescriveva. Invece il celebre Accursio fondandosi sopra un equivoco credette che la facoltà d'accettare si prescrivesse. Egli confuse la prescrizione dell'azione di petizione d'eredità colla prescrizione del jus adeundi. Siccome trovò nelle fonti che la facoltà d'agire coll'azione di petizione d'eredità si prescriveva quando erano passati 30 anni, durante i quali il terzo avesse posseduto i beni ereditarii, così ammise che si prescriveva il diritto d'accettare. La sua opinione fu combattuta da molti romanisti, ma venne accolta dalla maggioranza degli autori ed anche da alcune consuetudini Francesi; e così si ritenne che il diritto d'accettare si prescrivesse in 30 anni, prescindendo da qualsiasi usucapione in contrario. Il Codice Francese ha a tale riguardo un articolo che costituisce un vero e proprio enigma, perchè dice:

col decorso di 30 anni si prescrive la facoltà d'accettare o di ripudiare. Onde si ebbero varî sistemi per interpetrare detto articolo; ed invero, la dizione presa alla lettera implica una contraddizione, perchè se si prescrive la facoltà di ripudiare, vuol dire che non si può più ripudiare e quindi si è accettanti, se si prescrive la facoltà d'accettare vuol dire che la rinunzia è avvenuta, e quindi il diritto di rinunziare si è esercitato, non già s'è prescritto. Alcuni dissero: bisogna ritenere che l'erede che non manifesta la sua volontà sia rinunziante o accettante a secondo l'interesse delle parti che lo convengono in giudizio. Se sono i creditori, allora nell'interesse di costoro si deve ritenere accettante, se invece sono i coeredi allora si dovrà ritenere come ripudiante. Altri ritennero che si prescrive soltanto la facoltà di accettare; altri ancora che si prescrive soltanto la facoltà di ripudiare. Finalmente alcuni autori sostennero che bisognava considerare se si fosse o no usucapione in contrario: se i terzi hanno posseduto per 30 anni, si deve ritenere che è prescritta la facoltà d'accettare. Se non avranno usucapito i beni ereditarî, si deve ritenere prescritta la facoltà di rinunziare. Questi sistemi erano arbitrarî, non corrispondenti nè al pensiero del legislatore, nè alla pratica realtà delle cose. Perciò la giurisprudenza Francese da gran tempo ha lasciato da parte questi sistemi e ritiene che col decorso di 30 anni si prescrive solo la facoltà d'accettare. E il ragionamento su cui essa si fonda è giusto; il nostro legislatore ha detto la Giurisprudenza Francese,

non ha fatto dell'accettare e del ripudiare due distinte facoltà, ma ha concepito le due facoltà come manifestazioni d'un unico diritto, il diritto ereditario, il quale può manifestarsi in due modi: o accettando o ripudiando. Sicchè estinta una di queste facoltà, è estinto lo stesso diritto ereditario. Perciò, anche secondo la giurisprudenza francese il decorso del tempo importa prescrizione estintiva, senza bisogno d'usucapione in contrario.

Dati tali precedenti storici noi dobbiamo ritenere lo stesso anche sotto l'impero del nostro codice. Il decorso del tempo che fa perdere la facoltà d'accettare importa prescrizione estintiva, quindi il diritto si perde, ancorchè da nessun altro sia stato acquistato. E se così non fosse, che cosa di nuovo avrebbe stabilito il codice nostro, seguendo la tradizione francese ed anche l'opinione prevalente nel diritto comune, rispetto a ciò che disponeva il Diritto romano? Nulla: poichè anche per Diritto romano si perdeva il diritto ereditario di fronte a coloro che avessero usucapito. Anzi dirò di più. Se la legge avesse voluto seguire il puro Diritto romano, avrebbe dovuto dichiarare imprescrittibile la facoltà di accettare: perchè tanto vale dire essere necessaria l'usucapione da parte del terzo, per potersi perdere la facoltà di accettare. Avendo invece il codice detto espressamente « la facoltà d'accettare si prescrive in 30 anni » ha fatto chiaramente astrazione dal caso in cui l'usucapione a favore d'altra persona siasi avverata. Ma come si spiega ciò? Si spiega in base ai principî altra

volta ricordati: se l'erede all'apertura dell'eredità acquistasse la proprietà in modo definitivo, non si potrebbe giustificare come il decorso di 30 anni basti per far perdere il diritto ereditario; invece ci dovrebbe essere la usucapione in contrario. Chi è proprietario di una cosa, ancorchè non ne usi per 30 anni, è sempre proprietario; allora perde la proprietà quando un terzo l'abbia acquistata per usucapione. Invece ritenendo noi che l'erede coll'apertura dell'eredità acquista non il diritto definitivo, ma un diritto sottoposto alla condizione sospensiva dell'accettazione, fino a che questa non è avvenuta, il diritto non può ritenersi acquistato definitivamente. Essendosi prescritto il diritto d'accettare ne segue non tanto l'estinzione del diritto ereditario che non si era acquistato definitivamente; ma l'impossibilità di render definitivo tale acquisto. Perciò, anche se nessun altro abbia accettato l'eredità, anche se un terzo non abbia usucapito i beni ereditarî, basta siano passati i 30 anni senz'atto d'accettazione perchè l'erede sia considerato rinunziante in modo irrevocabile. Ma da qual tempo bisogna cominciare a contare i 30 anni? Il codice non lo dice, ma bisogna incominciare a contarli dal giorno della apertura della successione, perchè in tal giorno avviene di regola la delazione ereditaria e quindi nasce il diritto d'accettare. Però sappiamo che vi sono dei casi in cui la delazione non coincide coll'apertura della successione, ed allora come si fa? Supponiamo questo caso:

che Tizio sia chiamato in primo luogo o per legge o per testamento ed abbia rinunziato 29 anni ed 11 mesi dopo l'apertura della successione. Gli altri che avrebbero diritto a succedere, hanno notizia di questa rinunzia 2 o 3 mesi dopo; possono o no accettare l'eredità o si può dire che la facoltà d'accettare è prescritta col decorso di 30 anni? Può il secondo chiamato difendersi dicendo che la facoltà d'accettare si prescrive in 30 anni dal giorno in cui ha avuto luogo la devoluzione, e siccome la devoluzione in suo favore non è avvenuta che il giorno in cui il primo chiamato ha rinunziato; così non sono passati ancora i 30 anni? Se si dovessero contare i 30 anni dal giorno della rinunzia del primo chiamato avremmo questo inconveniente che si potrebbe andare di 30 in 30 anni perciò, secondo la maggior parte degli autori bisogna ritenere che i 30 anni decorrono in danno di tutti gli eredi a cui si devolve l'eredità, sia pure in modo eventuale, perchè vero è che la devoluzione si verifica il giorno della rinunzia, ma è vero d'altra parte che colui il quale è possibile successore in caso di rinunzia, ha dei mezzi per poter rendere certo il suo diritto. Infatti la legge dispone nell'art° 952 che i creditori e gli altri interessati possano chiamare innanzi al magistrato l'erede per sapere se intende accettare o rifiutare. Quando alcuno pretende qualche diritto ereditario in subordinazione della rinunzia di un altro prevedendo che questa ri-

nunzia possa protrarsi, potrà citare in giudizio il primo chiamato e fare fissare dal magistrato un termine. Ora essendo dato dalla legge questo mezzo per garentire i diritti eventuali, è da ritenere che anche in danno dei secondi chiamati corre la prescrizione; perchè essi non possono invocare la massima « contra non valentem agere non currit praescriptio » perchè potevano agire. Ma supponiamo di trovarci di fronte ad un caso d'istituzione condizionale: che diremo? Tizio è istituito erede sotto condizione: la condizione è un fatto futuro ed incerto, che non dipende dalla volontà dell'istituito e quindi può verificarsi anche dopo 30 anni dall'apertura della successione. Significa forse che l'istituito sotto tale condizione ha perduto il diritto di accettare, solo perchè la condizione s'è avverata dopo trent'anni dell'apertura della successione? No, perchè qui l'istituito non ha il potere di far verificare la condizione; la devoluzione in suo favore non avviene che nel momento in cui si verifica la condizione e quindi solo in quel momento egli ha diritto ad accettare, e da quel momento soltanto decorre il periodo della prescrizione, giusto il principio generale « actioni nondum natae non praescribitur » Più difficile però si presenta la soluzione nel caso di sostituzione. Se l'istituito rinunzia solo in capo ai 30 anni o lascia decorrere i 30 anni rimanendo inattivo, può il sostituito accettare finchè non siano decorsi altri 30 anni dalla rinunzia dell'istituito? A

prima vista parrebbe di sì, perchè se il sostituito è equiparato all'istituito sotto condizione, dovrebbe accogliersi pel sostituito la stessa decisione accolta per chi è istituito sotto una condizione qualsiasi. Però a noi sembra erronea una tale equiparazione, specie riflettendo alle ragioni su cui si fonda la decisione dianzi accolta. L'istituito sotto una condizione il cui verificarsi non dipende da lui, è naturale che, non avendo mezzi di agire, non debba incorrere nella prescrizione del diritto d'accettare. Ma non è così per il sostituito. Questi è uno di quegli interessati di cui parla l'art° 951, e che ha perciò il diritto di costringere in via giudiziaria l'istituito a decidersi entro un certo tempo se vuole accettare o rinunziare, ha quindi modo di rendere certo il suo diritto eventuale e di farlo valere. Perciò, rispetto a lui, almeno crediamo noi, la prescrizione corre dall'apertura della successione.
Il periodo di 30 anni è troppo lungo, è contrario all'esigenze dei tempi moderni, che amano la rapidità degli affari, ed è perciò che molte legislazioni lo hanno ridotto. Il nostro codice, come abbiamo accennato, dà il mezzo per abbreviare tale termine, inquantochè i creditori e tutti gli altri interessati hanno diritto di chiamare in giudizio il chiamato all'eredità per sapere se intende o no accettare. Quando il magistrato ha fissato il termine che può essere due, tre o quattro mesi, ed il chiamato all'eredità lo ha fatto scorrere senz'aver deliberato, si ha come rinunziante

e quindi nascono gli stessi effetti che nascono dalla prescrizione trentennale. Un altro caso in cui la legge abbrevia il termine è quello dell'art° 952, cioè quando l'erede è nel possesso reale dei beni ereditarii, se lascia correre il tempo di tre mesi dall'apertura della eredità o dalla notizia della devoluzione senza compiere le operazioni per il beneficio dell'inventario, perde il diritto di scegliere ed è considerato come erede puro e semplice. Perciò il termine di 30 anni che a prima vista può sembrare dannoso all'esigenze del commercio può essere abbreviato con i mezzi che la legge offre.

Lezione XII°

Sommario

Dell'accettazione pura e semplice - Accettazione espressa - Accettazione tacita -

Dopo aver parlato dell'accettazione in generale, passiamo a parlare delle varie specie d'accettazione, cioè dell'accettazione pura e semplice e dell'accettazione col beneficio dell'inventario

Cominciamo dall'accettazione pura e semplice, la quale può aver luogo in diversi modi: può essere infatti espressa o tacita e può essere legale cioè imposta dalla legge, anche senza o contro volontà dell'erede.

L'accettazione pura e semplice fatta in modo espresso quando s'ha? Lo dice lo stesso codice in modo da non lasciar dubbio: l'accettazione pura e semplice in modo espresso si ha quando si assume il titolo o la qualità d'erede in un atto pubblico o in una scrittura privata (art° 934). Da ciò risulta evidente che l'accettazione in modo espresso non si ha con qualsiasi manifestazione della volontà, ma è necessario che la manifestazione della volontà sia contenuta in un atto scritto pubblico o privato; però se questo è necessario non occorre punto che l'atto contenente l'accettazione sia un atto speciale, ad hoc, cioè che abbia per iscopo

esclusivo l'accettazione. Non bisogna dunque che per l'accettazione uno si presenti dinanzi al notaio e dica: voglio fare atto d'accettazione; ma basta che si assuma la qualità o il titolo d'erede in un atto pubblico o in una scrittura privata avente tutt'altro scopo. Dunque due sono gli elementi formali per l'accettazione espressa: che vi sia un atto pubblico o la scrittura privata, anche se questa scrittura pubblica o privata abbia per iscopo un atto tutto diverso dall'accettazione: e che in tale atto scritto s'assuma il titolo o la qualità d'erede. Se manca la scrittura, non c'è accettazione espressa, anche se solennemente, con espressioni formali, alla presenza di testimonî, siasi dichiarata la volontà d'accettare puramente e semplicemente: e d'altra parte se c'è l'atto scritto, ma in esso manca l'assunzione del titolo o qualità d'erede, non c'è accettazione espressa; ancorchè la natura dell'atto che si compie per iscritto sia tale da presupporre necessariamente la volontà di accettare perchè in tal caso s'avrà accettazione tacita, non già espressa. E in ciò il nostro codice ha seguito il diritto consuetudinario francese che per l'accettazione espressa richiedeva la forma scritta, la quale serve a garentire la serietà della volontà.

A questo proposito si domanda se la lettera può valere come scrittura sufficiente per provare l'accettazione espressa. Bisogna distinguere: se la lettera ha uno scopo meramente confidenziale, ancorchè in essa si assuma il titolo di erede, non è prova di dichiarazione espressa, per=

che in questo caso non abbiamo tutto ciò che occorre per la vera scrittura privata: per la cui esistenza non basta già la forma esteriore della scrittura e della sottoscrizione, ma occorre anche che suo contenuto sia una dichiarazione di volontà producente effetti giuridici; e nella lettera confidenziale tale contenuto manca. Quindi se scrivo una lettera ad un amico in cui gli annunzio che Tizio è morto e io son diventato suo erede, questa lettera non può valere come accettazione espressa, invece se scrivo una lettera ad un creditore ereditario dicendogli che come erede gli pagherò il debito, e solo prego di accordarmi una dilazione, tale lettera importerà accettazione.
Dunque, ritornando al già detto, primo requisito per l'accettazione espressa è la forma esterna della scrittura, è necessario che esista un atto scritto, qualunque ne sia il contenuto; in secondo luogo occorre che in questo scritto si assuma la qualità o il titolo d'erede, senza che sia necessario dichiarare in termini formali la volontà d'accettare puramente e semplicemente. Non è necessario poi che questa qualità di erede si assuma nella parte dispositiva dell'atto; può esservi anche nella semplice parte enunciativa ciò che importa si è che quest'assunzione del titolo d'erede sia un fatto della persona di colui che accetta. Se per es: un notaio procede all'inventario dei beni del defunto e dichiara che in questa operazione sono intervenuti Tizio, Cajo eredi, questa qualità di eredi, affibbiata loro dal notaio non vale a costituire l'accettazione espressa di queste persone. Però, notate, che, anche se l'atto

contenga l'assunzione del titolo o della qualità d'erede, sempre si può discutere se con essa s'intese o no compiere realmente atto d'accettazione. Diverso se non è erede chi non vuole la dichiarazione della volontà per produrre effetti giuridici deve essere corrispondente alla volontà interna; quindi non basta l'esistenza d'un documento scritto, in cui la qualità d'erede siasi assunta, ove effettivamente non vi sia stata volontà d'accettare. La parola erede infatti ha diversi significati: erede si dice anche colui che semplicemente è chiamato all'eredità, che ha l'jus adeundi haereditatem, non solo colui che ha accettato l'eredità. Quando la legge dice erede puro e semplice colui che assume il titolo o la qualità di erede parte dal presupposto che questa parola siasi adoperata nel suo significato tecnico. Ma ciò non toglie che in fatto alcuno per ignoranza o inavvertenza possa usare la parola erede nel senso di semplice successibile. E perciò sarà sempre da ammettere la prova della volontà, che naturalmente sarà a carico di colui il quale avendo assunto la qualità o il titolo di erede pretende di non essere considerato come accettante.

Ma anche quando c'è la volontà di accettare, e vi sia materialmente l'atto scritto, non v'è accettazione se l'atto sia nullo per tale vizio di forma, da togliergli il carattere di scrittura pubblica o privata: se per es: la scrittura privata non fu sottoscritta dalla parte: o l'atto pubblico non fu compiuto colle forme volute dalla legge, e, per dippiù, non possa considerarsi nemmeno come scrittura

privata, perchè le parti non hanno sottoscritto.
Ciò non accade però quando l'atto sia nullo per vizio di forma, tale però da non togliere al documento il carattere di scrittura. per es. io ho fatto una donazione per scrittura privata, in cui ho enunciato la mia qualità d'erede; la scrittura privata non è forma adatta per la donazione, questa certamente perciò nulla, ma cadrà con essa nel nulla anche l'accettazione? No, questa resta perchè è atto che può stare da sè, e per cui basta una scrittura privata, poco importando nell'atto giuridico fatto in occasione dell'accettazione sia nullo. Dicasi altrettanto, e a maggior ragione, quando l'atto in cui si contiene l'assunzione della qualità d'erede sia annullabile per vizio di sostanza.
L'accettazione espressa però ha poca importanza; perchè? Perchè in generale l'accettazione si fa in occasione d'un atto giuridico, il quale per lo più è un atto di disposizione delle cose ereditarie; ed allora poco importa che si sia assunta o no la qualità d'erede, perchè, come vedremo, basta il semplice fatto di compiere un atto di disposizione, perchè s'abbia l'accettazione tacita. L'importanza quindi dell'accettazione espressa è limitata a pochissimi casi, cioè al caso in cui si compia un atto che per se stesso non è atto di disposizione ma un atto d'amministrazione necessaria.
È più importante invece l'accettazione tacita. L'accettazione tacita è quella che, Romani dicevano con frase scultoria *pro haerede gestio*, quando cioè l'erede fa un atto che presuppone necessariamente la sua volontà d'accettare

l'eredità e che non avrebbe diritto di fare se non nella qualità d'erede, come dice il codice nostro nell'art° 934. Pro haerede gerere est pro domino gerere. Basta il compimento d'un fatto che presupponga la qualità d'erede perchè s'abbia l'accettazione tacita. L'art° 934 ult. cap. a volerlo prendere alla lettera, parrebbe esigere due condizioni per l'accettazione tacita: anzitutto che si compia un atto il quale presupponga necessariamente la volontà d'accettare l'eredità, in secondo luogo che questo atto sia tale che non si avrebbe diritto di fare se non nella qualità d'erede. Però, come si comprende subito, queste due condizioni si riducono ad una, inquantochè la seconda è esplicazione dell'altra, perchè non vi può essere atto il quale presupponga necessariamente la volontà d'accettare, che non sia nel tempo stesso atto che si ha diritto di fare solo nella qualità d'erede; e inversamente, non vi può essere atto il quale non si possa fare che con la qualità d'erede, che nel tempo stesso non presupponga la volontà di accettare. La legge in sostanza non ha fatto altro che affermare prima in che consista l'accettazione tacita enunciando un principio generale e comune a tutti gli atti giuridici che si compiano tacitamente; poi ha fissato il criterio per applicare il principio astratto ai casi particolari in cui si può ravvisare accettazione tacita. Infatti è principio generale e comune a tutti gli atti giuridici, esservi manifestazione tacita di volontà ogni volta che si compiano fatti tali che presuppongano necessariamente la volontà di compiere un determinato negozio giuridico, in modo da esservi con=

traddizione tra il fatto e la volontà di non compiere quel negozio. Ma quali siano i fatti da cui si può argomentare la volontà tacita è cosa che si determina secondo le circostanze materiali di essi fatti non solo, ma anche della speciale natura del negozio, che da quelli si argomenta voluto tacitamente. Ora siffatta determinazione, è, in generale, rilasciata al prudente criterio del giudice: qui invece la legge ha voluto essa stessa fissare il criterio per determinare quali fatti importino necessariamente la volontà d'accettare, stabilendo ch'essi son quelli che non si potrebbero fare se non da chi è erede.

Inoltre la nostra legge ha voluto essa stessa determinare dei casi specifici in cui si deve ravvisare l'accettazione tacita, perchè per se stessi potevano dar luogo a dubbî; e altri in cui l'accettazione tacita non si può ravvisare. Però, si noti, che così la legge non ha inteso, nè poteva, enumerare tutti gli atti che importano accettazione, nè quelli che non l'importano: sicchè resta in molti da applicare il criterio generale. Perciò in base al nostro codice si possono distinguere tre categorie di atti; atti che importano senza dubbio la volontà d'accettare, atti che non importano mai accettazione tacita; atti dubbî che possono o no importare accettazione tacita, secondo l'intenzione in cui vengono fatti, atti dubbî in cui il magistrato non si può attenere a norme certe, ma deve esaminare caso per caso se possa indirettamente ed in modo non dubbio argomentarsi la volontà d'accettare.

1ª categoria: atti che importano necessariamente la volontà d'accettare sono tutti quelli che una persona non può compiere se non nella qualità d'erede. Così la vendita di cose ereditarie importa accettazione tacita. Infatti chi può vendere le cose ereditarie se non il padrone di esse, se non l'erede? La concessione in usufrutto, in uso, il dare ipoteca sulle cose ereditarie importa disposizione delle cose ereditarie e quindi accettazione tacita. La transazione, il compromesso, la divisione di cose ereditarie sono atti tali che una persona non può compiere se non avendo la qualità d'erede. Se una persona compie questi atti anche senza badare alle conseguenze giuridiche che ne sarebbero derivate, poco importa, egli ha fatto un atto che non si può conciliare colla volontà contraria di non accettare; e quindi anche se il chiamato all'eredità compie una vendita, concede ipoteca, intenta un'azione di divisione delle cose ereditarie e nel tempo stesso protesta che non intende che questo atto sia interpetrato come accettazione tacita, questa protesta non vale perchè c'è contraddizione tra la protesta e l'atto che si compie, in quanto l'atto che si compie importa necessariamente la volontà di accettare. Per regola generale la protesta compiuta in occasione di un atto, ha efficacia giuridica quando il fatto per se stesso è dubbio ed esso si può interpetrare in due modi diversi, può includere due diverse volontà; e in tal caso la protesta vale a manifestare con quale volontà si compie l'atto. Ma quando la volontà emerge chiara-

mente, è inutile fare una protesta che distrugga quel=la volontà che necessariamente si desume dal fatto. Que=sti casi ora accennati la legge non li enumera, in=quanto rispetto ad essi non vi può essere difficoltà di sorta. Invece la legge enumera altri casi che potevano presentare dei dubbî (Artº 936 C. C.)

Il primo caso è la vendita, la cessione, la donazio=ne dei diritti successorii fatta o a tutti i coeredi o a un estraneo. Questi casi importano accettazione tacita per e=spressa disposizione di legge. Il legislatore ha voluto met=tere tale disposizione perchè questi casi per se stessi potrebbero presentare dei dubbî. Infatti benissimo una per=sona potrebbe intendere, cedendo o donando il suo di=ritto ereditario di cedere o donare il jus adeundi e non l'eredità effettivamente acquistata. La legge non s'è preoccupata di tale sottigliezza ed ha stabilito che quando uno vende o cede mediante corrispettivo i suoi diritti successorii, non viene a fare altro che a ven=dere o a cedere la sua eredità; e ciò poco importa che faccia questo in favore di alcuno dei coeredi o di un estraneo o anche di tutti i coeredi, perchè egli dal=la cessione ricava sempre un prezzo, un vantaggio che altrimenti non avrebbe se non avesse acquista=ta l'eredità. Questo vale non solo nel caso di vendi=ta o di cessione, ma anche nel caso di donazione, ancorchè la donazione sia fatta a tutti i coeredi. Que=sto caso presentava maggiori dubbî. Quando alcuno do=na i suoi diritti successorî a tutti gli altri coeredi, non

segue un effetto diverso da quello che si avrebbe per leg=ge; se egli rinunziasse all'eredità puramente e semplice=mente perchè anche in questo caso gli stessi coeredi profit=terebbero della sua quota. Potendo perciò questo caso presen=tare dei dubbii, la legge ha disposto che la donazione an=corchè fatta in favore di tutti i coeredi importa accetta=zione tacita. E di vero, c'è grande differenza tra la dona=zione del diritto successorio fatta in favore di tutti gli altri coeredi e la rinunzia pura e semplice. Quando l'e=rede dona i suoi diritti ereditarî agli altri suoi coeredi, costoro si considerano successori a titolo particolare del donante, non già successori a titolo universale del de=funto, e come donatarii non sopportano i debiti senza patto espresso. Essendo una donazione essa sarà sogget=ta a collazione, a riduzione, all'azione Pauliana, inol=tre dovrà essere fatta nella forma propria delle dona=zioni, non in quella della rinunzia. La legge finora ha parlato di atti traslativi di proprietà, cioè vendita, cessio=ne, donazione. Ma fa anche un'altra ipotesi, che lo erede faccia la rinunzia cioè manifesti la sua volon=tà di spogliarsi dei suoi diritti ereditarî in modo ne=gativo, rinunziando. Ora la rinunzia porta diverse conseguenze a secondo che sia fatta a titolo oneroso o a titolo gratuito. Se è fatta a titolo oneroso, sia a favore di un coerede solo o a favore di tutti i coere=di importa sempre accettazione. Si capisce da sè che la rinunzia fatta in favore di un solo coerede debba im=portare accettazione perchè ciò importa alienazione di

diritti da una persona in favore di un'altra: un coerede viene ad avere più di quello che gli sarebbe spettato in base alla legge o in base al testamento. Ma non si capisce da sè perchè debba produrre lo stesso effetto la rinunzia onerosa in favore di tutti i coeredi. Da una parte i coeredi non ricevono nulla di più di quello che conseguirebbero, se la rinunzia fosse fatta senza corrispettivo, e dall'altra il corrispettivo può considerarsi non come prezzo della quota ereditaria, ma come compenso dell'astensione dall'accettare. Perciò la rinunzia in favore di tutti i coeredi ancorchè fatta mediante corrispettivo non importava, secondo le consuetudini francesi e secondo il Pothier, accettazione. Si diceva: qui non c'è un do ut des, c'è un facio ut des, mi astengo dall'accettazione dell'eredità purchè mi diate qualche cosa.

Il nostro codice invece interpetra la rinunzia fatta in favore di tutti i coeredi come atto d'accettazione tacita, perchè è vero che si potrebbe dire che non c'è alienazione di diritto, ma c'è astensione di fatto, però siccome c'è un vantaggio, un guadagno, un corrispettivo, a cui non si avrebbe diritto facendo la rinunzia pura e semplice, in base a questo corrispettivo la legge interpetra la rinunzia fatta in favore di tutti i coeredi come atto d'accettazione tacita. In un sol caso contemplato dall'art° 938 la rinunzia importa accettazione: quando è fatta gratuitamente in favore di tutti i coeredi. Rinunzi al

mio diritto ereditario perchè tutti gli altri coeredi che ne avrebbero diritto se ne avvantaggino; in questo caso l'effetto che s'ottiene non è diverso da quello che si avrebbe se facessi la rinunzia pura e semplice innanzi alla Cancelleria della Pretura. D'altra parte io non guadagno nulla, non ho corrispettivo, eppercio solo in questo caso la rinunzia fatta in favore di tutti i coeredi non importa accettazione. Qui però si potrebbe domandare: Come va che mentre la rinunzia gratuita in favore di tutti i coeredi non importa accettazione tacita, importa invece accettazione tacita la donazione in favore dei coeredi? Molte volte si concepisce la donazione come una rinunzia, perchè chi dona una cosa non fa altro che rinunziare ad essa. Però la legge quando si tratta di una donazione parte dal principio che chi dona, dona qualche cosa che aveva; invece chi rinunzia può rinunziare ad un diritto non ancora acquistato: la donazione importa sempre volontà di trasferire un diritto che si ha: la rinunzia può importare anche la volontà di non acquistare ciò che si potrebbe.

Questa è la categoria di atti che importano necessariamente l'accettazione tacita, in modo tale che se si presenta uno di questi casi al magistrato, egli non ha libertà di valutare, perchè la legge stessa ne ha già fatto la valutazione.

Vi sono poi atti che per se stessi non importano mai la volontà d'accettare (art° 935 C.C.) Gli atti conservativi e gli atti d'amministrazione temporanea non impor-

tano accettazione tacita. Tali sono: apposizione di sigilli, confezione d'inventarii, iscrizione e rinnovazione d'ipoteche, azioni di sfratto per locazione finita. La legge aggiunge una cosa che avrebbe potuto fare a meno di dire, cioè << tranne che con essi non siasi assunto il titolo o la qualità d'erede>>. Avrebbe potuto fare a meno di dire ciò, perchè qui si tratta evidentemente d'accettazione espressa. Se io domando al magistrato l'apposizione dei sigilli e assumo la qualità d'erede, sebbene l'atto essendo di conservazione non importi accettazione tacita pure c'è accettazione espressa perchè c'è assunzione della qualità d'erede. Ma, come si vede, qui l'accettazione è indipendente dalla natura dell'atto, e perciò ci sarà bisogno della scrittura. Se rinnovo un fitto che stava per scadere e lo rinnovo per un anno solo, ma verbalmente, ancorchè in questa rinnovazione dico: in qualità d'erede rinnovo questo fitto, non si ha accettazione nè espressa nè tacita; non espressa perchè manca la forma scritta, non tacita, perchè la natura dell'atto è tale che non presuppone la qualità di erede.

La terza categoria è costituita da atti dubbii che una persona può compiere nella qualità d'erede e può compiere in altra qualità. Es. Un tale fa le spese funebri del defunto, paga la tassa di successione, paga i debiti cosiddetti vergognosi, cioè i debiti colle persone di servizio, per gli alimenti, per il farmacista, per i medici. Tutti questi possono essere atti d'accettazione o no, a seconda le varie circostanze; e dall'esame di queste il magistrato si formerà

la convinzione se siano atti di accettazione o pur no, perchè per loro stessa natura non importano volontà d'accettare. Se un figlio o un parente fa le spese per i funerali, non si può dire che con questo atto hanno voluto compiere un atto d'accettazione; ma se è un estraneo chiamato all'eredità e che paga le spese dei funerali, evidentemente questo atto può interpetrarsi come accettazione. Perciò bisogna guardare alle varie circostanze di fatto e non basta tener conto dell'indole giuridica dell'atto.

Lezione XIII^a

Sommario

Accettazione pura e semplice derivante dalla legge (accettazione presunta) - I varii casi. Effetti dell'accettazione pura e semplice - Accettazione con beneficio d'inventario - Suoi elementi - Termine per compierla - Perdita del beneficio d'inventario -

Oltre l'accettazione espressa e la tacita c'è anche un altro modo di accettazione, che a dire il vero, secondo i principii rigorosi del diritto non sarebbe vera accettazione. Giacchè, mentre l'accettazione è una dichiarazione di volontà, nessuno è erede se non vuole, ed il volere si manifesta o espressamente o tacitamente, vi sono molti casi in cui l'erede si reputa accettante in modo puro e semplice per disposizione di legge, e questi sono i casi d'accettazione, come suol dirsi presunta, o meglio, forzosa, necessaria o legale.

Quali sono questi casi? Questi casi sono indicati negli art.i 953, 967, 952. Per l'art.o 953 il fatto della sottrazione o del celamento d'un bene ereditario importa per legge accettazione pura e semplice. Il fatto del celamento o della sottrazione di un bene ereditario non implica per se stesso la volontà d'accettare, implica la volontà di approfittarsi indebitamente d'un oggetto; pure la legge ha voluto riconnettere a questo fatto l'effetto dell'accettazione, che così viene a costituire una pena per l'erede che ha

sottratto o celato dei beni ereditarii; onde anche se dopo il celamento faccia la rinunzia, questa vale come non fatta.

Un altro caso analogo a questo è quello contemplato dall'art° 967. Quando l'erede nel fare l'inventario scientemente omette qualche oggetto, la legge dice che decade dal beneficio d'inventario, il che vale a dire che è considerato come erede puro e semplice e non ha facoltà di rinunziare, o d'accettare col beneficio d'inventario. Il terzo caso d'accettazione necessaria, forzosa, legale, è quello sancito nell'art° 952 il quale articolo trova applicazione negli art.i 960 fino a 962 che esamineremo più tardi; cioè quando l'erede essendo nel possesso reale dei beni ereditarii, lascia scorrere tre mesi dal giorno dell'aperta successione o dal giorno della notizia della devoluzione dell'eredità senza conformarsi alle prescrizioni di legge intorno all'inventario. In questi tre casi anche senza, anche contro sua volontà, l'erede è reputato erede puro e semplice. Esaminiamo i requisiti di fatto per aversi l'accettazione forzata.

Prima di tutto abbiamo esaminare i primi due casi i quali hanno grande rassomiglianza fra loro e che si trovano anche nel Codice Francese, mentre il terzo caso non vi si trova. Primo requisito perchè si abbia l'accettazione forzosa nei due casi suddetti è che vi sia il fatto materiale del celamento o della sottrazione o dell'omissione del beneficio dell'inventario. Infatti l'omissione nell'inventario si può equiparare al fatto del celamento o della sottrazione, perchè quando l'erede nel fare l'inventario omette

un cespite ereditario, ha l'intenzione di nascondere l'esistenza di questo cespite, di sottrarlo agli altri interessati, quindi fa quello stesso che farebbe se materialmente sottraesse o celasse un bene ereditario. Il fatto materiale però non basta, ci vuole la mala fede. La legge a proposito dell'omissione nell'inventario adopera l'espressione << scientemente e con mala fede>>, ma non dice lo stesso nel caso del celamento. Ma è evidente la necessità del dolo anche in questo caso, perchè l'accettazione presunta si basa sopra una ragione di penalità, e una pena qualsiasi anche di carattere civile, non si può concepire se non vi sia la mala fede. Se l'erede per ignoranza cela o sottrae un bene ereditario credendolo proprio, non incorre nella penalità comminata dalla legge, come non si incorre quando nel fare l'inventario per errore o per ignoranza omette di enumerare un bene. In qual tempo deve avverarsi la sottrazione o il celamento del bene ereditario? Si può avverare in qualsiasi tempo, oppure perchè produca l'effetto dell'accettazione presunta, deve avverarsi in un certo tempo? Secondo me deve avverarsi in un certo tempo, cioè la sottrazione, il celamento del bene ereditario deve avverarsi prima che sia intervenuta una rinunzia vera e propria. Se l'erede ha rinunziato nelle forme volute dalla legge innanzi al Cancelliere della Pretura del Mandamento dell'ultimo domicilio del defunto, e dopo questa rinunzia abbia sottratto un bene ereditario, si può dire ch'egli diventi accettante puro e semplice? Gli autori francesi dicono sì, cioè in qualunque tempo avviene la sottrazione o il

celamento del bene ereditario si ha sempre la presunzione dell'accettazione ed arrivano all'esagerazione di sostenere che anche quando il celamento o la sottrazione avvengano prima della morte del de cujus, in previsione della possibile morte, c'è accettazione pura e semplice. Noi riteniamo l'opinione contraria per ragioni d'ordine logico e d'ordine giuridico. Se il celamento o la sottrazione sia avvenuta prima della morte del de cujus, questi fatti non possono valere accettazione, perchè sappiamo che anche la stessa accettazione volontaria solenne, prima della morte del de cujus, non ha effetto giuridico: non si può avere accettazione dell'eredità d'un vivente. Ora se neanche la dichiarazione di volontà può valere come accettazione, non possono equivalere accettazione questi fatti delittuosi che dalla legge sono equiparati all'accettazione volontaria. Se poi la rinunzia è fatta in tutte le forme solenni, l'erede ancorchè compia uno dei fatti che importano la pena dell'accettazione forzosa, non incorre in questa pena, perchè avendo rinunziato, il diritto ereditario è passato già in altre persone o per diritto d'accrescimento o per devoluzione. Quindi il fatto della sottrazione o del celamento in questo caso è una violazione del diritto altrui per la quale il colpevole sarà passibile di pena secondo il Codice Penale, se ne sarà il caso, o di azione civile; ma non potrà dirsi ch'egli abbia accettata l'eredità puramente e semplicemente, perchè il diritto ereditario è .... devoluto ad altri. È inconcepibile dopo avvenuta la rinunzia che si possa avere accettazione d'eredità. In un caso, è vero, la legge ammette

il diritto d'accettare l'eredità dopo la rinunzia, cioè quando uno abbia rinunziato, ma i termini d'accettare non siano prescritti e nessun altro abbia accettato la eredità; in questo caso il rinunziante può ritornare sui suoi passi. Ma questa è una disposizione di carattere eccezionale, posta in favore dell'erede, e quindi non si può estendere dal caso di volontaria accettazione ai casi in cui alcuno commetta uno di quei fatti i quali per legge importano la pena dell'accettazione forzosa. Perciò la sottrazione, il celamento di un bene ereditario importano accettazione forzosa, solo se avvengono dopo la morte del de cujus e prima della rinunzia.

L'accettazione forzosa che segue nei casi dianzi enumerati produce gli stessi effetti dell'accettazione volontaria. Però i giureconsulti francesi hanno un'opinione diversa dalla nostra. Essi credono che in questi casi l'accettazione forzosa è in danno dell'erede non già in favore; l'erede si reputa accettante puramente e semplicemente nell'interesse dei creditori, ma nessun profitto può ricavare da quest'accettazione forzosa. Essi si fondano su un articolo del Codice Francese in cui si dice che colui che ha celato o sottratto un bene ereditario, non deve giovarsi dei beni sottratti o celati. Nel nostro codice manca una tale disposizione e quindi hanno torto quegli autori, come il Pacifici, Marzoni, che seguendo gli scrittori francesi, sostengono anche in Italia che l'erede il quale commette uno di quegli atti che importano accettazione forzosa, è erede in suo danno, non già in suo favore. Dal momento

che il codice lo reputa accettante puramente e semplicemente, dal momento che gli toglie la sola facoltà di rinunziare, egli è erede tanto a suo danno, che a suo favore; in modo tale che se lo attivo ereditario superi il passivo, potrà goderne come tutti gli altri eredi i quali accettano puramente e semplicemente.

Esaminiamo il terzo caso che presenta maggiore difficoltà, tanto più che è nuovo nel codice nostro, il quale ha seguito in ciò il codice Albertino. L'art° 952 C.C. prevede la ipotesi che gli eredi chiamati all'eredità siano nel possesso reale dei beni ereditarii. Che significa possesso reale? Lo abbiamo detto e lo ripetiamo: tutti i chiamati all'eredità, anche prima dell'accettazione, anche senza l'accettazione, anche a loro insaputa e senza la loro volontà hanno il possesso dei beni ereditarî. Ma quale possesso? Il possesso che gli antichi chiamavano *possessio fitticia, civilis, civilissima*, un possesso ideale, astratto, senza materiale apprensione. Invece l'art° 952 fa l'ipotesi ben diversa, cioè che il chiamato all'eredità oltre ad avere il possesso fittizio, abbia il possesso reale, materiale dei beni ereditarii, abbia la detenzione di essi. Ecco perchè si dice possesso reale dei beni ereditarii per contrapporre questi eredi che sono nella materiale detenzione a tutti gli altri eredi che hanno il semplice possesso fittizio. Ora se gli eredi oltre ad avere il possesso ideale hanno il possesso materiale dei beni ereditarii e lasciano correre tre mesi dal giorno dell'apertura della successione o dal giorno della notizia della devoluta eredità, sen=

na conformarsi alle disposizioni di legge intorno all'inventario, senza fare l'inventario o fare la dichiarazione d'accettare col beneficio d'inventario, decorso questo tempo in cui sono stati inoperosi, essi vengono reputati eredi puri e semplici. Questo è un caso speciale; qui non riscontriamo l'accettazione tacita, in quanto che il possesso non si può considerare come atto di gestione d'eredità perchè non importa disposizione, e quindi non è atto che presuppone necessariamente la volontà d'accettare, ma è un atto che può manifestare la volontà di essere possessore precario, conduttore, ecc: Eppur nondimeno ne deriva l'accettazione necessaria. Questo caso poi si differenzia dagli altri innanzi esaminati, perchè in questi s'incontrano atti delittuosi, che in questo mancano. Per il solo fatto che l'erede si trova nel possesso reale dei beni ereditarii, e per il fatto che egli non ottempera alle disposizioni di legge intorno all'inventario nello spazio di tre mesi, è erede puro e semplice. La legge è stata esigente nell'interesse dei terzi, perchè se è vero, come dicemmo, che il termine di 30 anni è troppo lungo la legge stessa sentì il bisogno di limitar tale termine in varie circostanze; e una delle quali è quella indicata nell'art° 952 in cui si dice che i chiamati all'eredità che si trovano nel possesso reale dei beni ereditarî perdono il diritto di rinunziarvi decorsi tre mesi dall'apertura della successione o dalla notizia della devoluzione dell'eredità, se non si sono conformati alle disposizioni circa il beneficio dell'inventario, e sono reputati eredi puri

e semplici ancorchè opponessero di possedere tali beni ad altro titolo. Che vuol dire «ancorchè opponessero di possedere tali beni ad altro titolo?» I chiamati all'eredità si trovano nel possesso dei beni ereditarî e lasciano trascorrere tre mesi dal giorno dell'apertura dell'eredità o dalla notizia della devoluzione senz'ottemperare ai precetti di legge intorno al beneficio dell'inventario. Essi si vedono citati in giudizio dai creditori, dai legatarî, come eredi puri e semplici, ed oppongono: noi non abbiamo fatto atto di eredi perchè ci considerate eredi puri e semplici? Rispondono gli attori: «eravate nel possesso dei beni ereditarî» Replicano gli eredi: «si, eravamo nel possesso dei beni ereditarî, ma non per titolo ereditario, possedevamo questi beni ad altro titolo. Può bastare questa eccezione che, cioè, l'erede possedeva i beni ereditarî ad un titolo diverso da quello del diritto successorio, perchè possano esimersi dalla conseguenza di legge, indicata nell'art° 952? La legge dicendo: «ancorchè opponessero di possedere tali beni ad altro titolo» vuol dire che il fatto d'essere nel possesso reale dei beni ereditarii costituisce una praesumptio juris tantum, o una praesumptio juris et de jure che non ammette prova in contrario? Alcuni hanno detto che si tratti di una praesumptio juris tantum cioè il semplice fatto di trovarsi nel possesso dei beni importa la volontà d'accettare, induce accettazione forzosa, ma se i chiamati all'eredità provano che possedevano questi beni non già a titolo ereditario, perchè erano amministratori del defunto, conduttori, depositarî, ecc, evidentemente questa prova gioverà a distruggere quelle conseguenze di legge. La

legge dicono questi autori, adopera la parola opponessero non già provassero; ciò vuol dire che la legge non si contenta e giustamente della semplice asserzione in contrario ma vuole la prova. Questa opinione è infondata. Anzitutto quando la legge dice: opponessero di possedere i beni ad altro titolo non vuol dire dichiarassero, affermassero di possedere, perchè direbbe cosa ridicola, in quanto si sa che per conseguire il trionfo delle proprie ragioni in giudizio, non basta la semplice affermazione, ma bisogna provare. Se la legge dice così significa che ha previsto il caso ragionevole che non solo si affermi, ma si possa anche provare. Cosicchè la presunzione di legge è una praesumptio juris et de jure. Ma che vuol dire possedere i beni a titolo ereditario? Facciamo questo caso: gli eredi si trovano nel possesso dei beni del defunto, perchè ebbero in donazione questi beni dal defunto stesso. Si può dire in questo caso che si applichi il disposto dello artº 952? No, la legge parla di possesso di beni ereditarii, in modo tale che è necessario per applicare questo articolo che i beni posseduti dagli eredi abbiano la qualità di ereditarii, siano beni non usciti mai dal patrimonio del defunto; cosicchè se questi beni siano prima usciti dal patrimonio del defunto per atto inter vivos, il fatto che il chiamato all'eredità si trovi nel possesso di quei beni evidentemente non si può considerare come possesso di beni ereditarii perchè non sono più tali e quindi non induce accettazione forzosa. Per ben comprendere quest'artº bisogna perciò

distinguere, il titolo di possesso dal titolo di proprietà. Se il chiamato all'eredità possiede i beni per un titolo di proprietà diverso da quello successorio, cioè per un atto inter vivos, è indifferente che questo bene che possiede oggi, un giorno sia stato del defunto, esso non è bene ereditario onde l'erede in questo caso può sfuggire alle conseguenze di legge dimostrando che se possiede certi beni che un giorno furono del defunto, li possiede per donazione, per compravendita, o per altro atto che li fece uscire dal patrimonio del de cujus. Se invece sono beni ereditarii, compresi nell'eredità, e gli eredi li posseggono per un titolo che conferisce il semplice possesso, come per es. deposito, mandato, locazione, anticresi, pegno, allora non giova eccepire l'esistenza di questo titolo perchè i beni sono sempre ereditarii, ed il fatto del loro possesso che si trova presso il chiamato all'eredità, invoce a costui la presunzione di legge cade su questo punto: cioè basta che si sia nel possesso di cose ereditarie perchè questo possesso si consideri come producente l'accettazione forzosa.

Abbiamo così parlato dell'accettazione pura e semplice brevemente. Quali sono gli effetti dell'accettazione? Degli effetti dell'accettazione ci occuperemo quando parleremo degli effetti dell'acquisto dell'eredità e specialmente dei rapporti tra eredi e terzi. Ora li accenniamo soltanto. L'effetto dell'accettazione pura e semplice si riduce a ciò, che l'accettazione pura e semplice importa confusione del patrimonio dell'erede con

quello del defunto. Tutti gli altri effetti sono conseguenze di questo primo. Dall'effetto della confusione del patrimonio deriva infatti che l'erede puro e semplice deve pagare tutti i debiti ereditari anche ultra vires, ossia se non bastano le attività contenute nel patrimonio ereditario deve pagare del proprio. Non solo deve pagare tutti i debiti, ma deve pagare anche tutti i legati. Nel Diritto romano l'erede puro e semplice aveva il diritto di ridurre i legati quando questi eccedevano il patrimonio ereditario, colla quarta falcidia; invece per il nostro codice niente di tutto questo l'erede puro e semplice deve pagare tutti i legati. Finalmente si estinguono i diritti dell'erede contro il defunto, come s'estinguono i diritti del defunto contro di lui, e ciò è logico perchè la confusione è un modo di estinzione tanto dei diritti reali che dei diritti di obbligazione. Un effetto importante e nuovo pel nostro codice è che l'erede puro e semplice non può sempre ed in via assoluta domandare la riduzione delle donazioni e dei legati che intaccano la sua legittima. Per il Diritto romano, secondo l'opinione dominante, non è necessaria l'accettazione col beneficio dell'inventario per poter domandare la riduzione, inquantochè la legittima per se stessa è inattaccabile, è superiore alla volontà delle parti, il testatore non può toccarla; quindi anche se l'erede accetta puramente e semplicemente ha sempre diritto di far salva la porzione che gli spetta per legge. Molti autori però nel diritto intermedio ritennero che era necessario il beneficio dell'in-

ventario per far salva la legittima; altri sostennero il contrario tra cui il Pothier perchè la salvezza della legittima non è conseguenza dell'accettazione col beneficio dell'inventario; anche dopo la confusione si può vedere se la legittima sia lesa o pur no. Nel silenzio del codice in Francia si sostiene che la legittima è salva nonostante l'accettazione pura e semplice. Il codice napoletano stabiliva che senza l'inventario si perdeva il diritto a dedurre la legittima. Il nostro codice, sulle orme del codice sardo, ha invece seguito una via intermedia: se l'erede accetta in modo puro e semplice, ha diritto alla riduzione contro gli altri coeredi, ma invece se la lesione della legittima dipende da donazione o legati fatti a terzi ad estranei non ha diritto alla riduzione. Questo sistema è poco logico, o si dovea seguire l'una via o l'altra. La giustificazione però è di ordine pratico. Quando uno accetta puramente e semplicemente, i terzi non sanno quale è l'entità del patrimonio lasciato dal defunto, non si può contro di loro dire: il patrimonio del defunto non basta; e ciò per il fatto ch'è avvenuta la confusione. Invece i coeredi sanno quanto è l'attivo e il passivo lasciato dal defunto e sapendo che l'attivo ereditario non è sufficiente a pagare la legittima debbono subire la riduzione (1)

Passiamo ora all'accettazione col beneficio dell'inventario.

(1) Quello che assolutamente non si giustifica è il requisito dell'accettazione col beneficio dell'inventario. Il codice sardo nell'articolo 1026 (da cui fu tratto l'art° 972 del nostro codice) si contenta della compilazione dell'inventario, e non esigeva punto la dichiarazione beneficiata, che è cosa ben diversa. Di vero l'erede può aver fatto regolarmente l'inventario nei tre mesi, senza volere accettare col beneficio, può anche avere accettato con questo ed esserne in seguito decaduto per una delle cause dalla legge stabilite. In questi casi la consistenza della mas=

Prima di parlare dell'accettazione col beneficio dell'inventario, bisogna premettere che è da distinguere l'accettazione col beneficio dell'inventario, dal diritto di domandare l'inventario. Queste sono cose diverse - il diritto di domandare l'inventario può averlo anche chi non sia erede; può averlo l'erede anche se non voglia accettare col beneficio dell'inventario; anche coloro che hanno diritto alla remozione dei sigilli apposti alle cose ereditarie, possono domandare l'inventario. Quindi i creditori, i legatarî ed altri interessati a sapere qual'è il contenuto dell'eredità: onde risulta evidente come il diritto di procedere all'inventario e la accettazione col beneficio dell'inventario siano cose differenti.

L'accettazione col beneficio dell'inventario è un beneficio speciale concesso dal diritto giustinianeo all'erede appunto per ovviare agl'inconvenienti che derivano dall'accettazione pura e semplice. Tale diritto non può essere tolto all'erede nemmeno dallo stesso testatore (art° 956). Così il nostro codice ha risoluta la quistione dibattuta fra gli interpetri del diritto romano, gli antichi giureconsulti francesi e gli stessi commentatori del codice Napoleone, che manca di una speciale disposizione sul riguardo. L'accettazione col beneficio d'inventario è in generale facoltativa. È obbligatoria però in due casi: 1°) Quan

sa ereditaria è stata accertata regolarmente: qual ragione vi è per negare al riservatario il diritto di fare ridurre i legati, e peggio ancora le donazioni fatte agli estranei? Diciamo peggio ancora per le donazioni, perchè se i legati si possano equiparare ai debiti e ritenere anche per essi illimitatamente responsabile l'erede, che accetta in modo puro e semplice, è assurdo l'obbligo di rispettare le donazioni che ledano la quota di legittima.

do eredi siano persone incapace d'accettare o rinunziare da se stesse l'eredità, cioè i minori gl'interdetti, gl'inabilitati, i corpi morali (artⁱ 930, 932) queste devono accettare sempre con beneficio d'inventario. 2°) Se tra più eredi v'è disaccordo intorno al modo d'accettazione, l'eredità deve da tutti essere accettata con beneficio d'inventario: e a tale scopo basta che la dichiarazione sia fatta da un solo (art° 958)

L'accettazione col beneficio dell'inventario risulta da due elementi, dimodochè mancando uno di essi non v'è accettazione. È necessaria anzitutto la dichiarazione di volontà d'accettare col beneficio dell'inventario; in secondo luogo è necessario l'inventario. La dichiarazione deve farsi in una forma speciale e solenne; nella stessa forma che la legge richiede per la rinunzia, cioè deve essere fatta innanzi al Cancelliere della Pretura del Mandamento dell'ultimo domicilio. Quest'accettazione dev'essere registrata in speciali registri e deve essere a cura del Cancelliere trascritta nei registri ipotecarî. Di più ci vuole la inserzione di essa nel giornale degli annunzî giudiziarii, ch'è il Bollettino della Prefettura. Queste formalità sono indicate nell'art° 955 C. C. Così mentre per l'accettazione pura e semplice anche espressa non è necessaria alcuna forma solenne, ma basta assumere la qualità d'erede in un atto scritto qualsiasi, ancorchè quest'atto scritto abbia scopo diverso dall'accettazione, invece per l'accettazione col beneficio dell'inventario non si può dichiarare la volontà d'accettare in un atto qualsiasi, in una scrittura pubblica fatta

innanzi al notaio, anche con un atto ad hoc; ma bisogna fare un atto ad hoc innanzi al Cancelliere della Pretura del Mandamento in cui il defunto ebbe l'ultimo domicilio (1) e nelle forme solennissime indicate, mancando le quali manca la dichiarazione d'accettare col beneficio dell'inventario. È da notare però che la trascrizione e l'inserzione della dichiarazione d'accettare con beneficio d'inventario, non sono necessarie per l'efficacia dell'accettazione nemmeno contro i terzi: dimodochè, anche se dette formalità siano trascurate, l'erede deve reputarsi con beneficio d'inventario anche dai terzi.

Non basta la dichiarazione d'accettare col beneficio dell'inventario; ci vuole l'inventario. L'inventario dev'essere fatto anzitutto esattamente e lealmente, non si deve nulla omettere fraudolentemente, perchè l'omissione, come ho detto, di un cespite ereditario importa accettazione pura e semplice e rende impossibile l'accettazione col beneficio dell'inventario. L'inventario dev'essere fatto nelle forme prescritte dal codice di procedura civile. Non è necessario che siano prima apposti i sigilli, l'apposizione dei sigilli è una cautela nell'interesse degli stessi eredi, perchè così gli oggetti ereditari non possono venire distrutti o celati. In qual tempo debbono esser compiute queste due formalità? La legge dice che la dichiarazione d'accettare col beneficio dell'in-

(1) Per la nuova legge del notariato del 16 Febbraio 1913 (art. 1) la dichiarazione di volere accettare col beneficio d'inventario può farsi anche innanzi ad un Notaio qualsiasi, ma non acquista efficacia se non dal giorno in cui viene inserito nel registro della Cancelleria giudiziaria. Per la rinunzia non si è creduto ammettere una simile agevolazione.

ventario può esser fatta prima o dopo della formazione dell'inventario. Mancando l'uno o l'altro di questi fatti, non s'ha accettazione col beneficio dell'inventario; il concorso di essi è necessario, ma la precedenza dell'uno sull'altro, no (articolo 937). Ma in qual tempo devono farsi tanto l'una che l'altra formalità? Su questo punto il codice è un poco oscuro e può dar luogo a delle opinioni inesatte. Anzitutto l'accettazione col beneficio dell'inventario, come qualunque altra accettazione, per principio generale, è un'accettazione che si può compiere nei trent'anni dalla morte del de cujus. Questo principio generale come soffre eccezione per l'accettazione pura e semplice, così soffre eccezione per l'accettazione col beneficio dell'inventario. Infatti l'accettazione pura e semplice sebbene per regola generale possa farsi in 30 anni, in certi casi deve farsi in un certo determinato tempo. E ciò quando gl'interessati chiamano in giudizio il chiamato all'eredità e fanno imporre dal magistrato un termine entro il quale deve decidere se deve rinunziare od accettare; passato questo termine, il chiamato all'eredità si ha come rinunziante e dopo questo termine non è possibile l'accettazione. L'altro caso in cui non c'è lo spazio di 30 anni per deliberare e si ha invece accettazione pura e semplice forzosa è quando l'erede sia nel possesso reale dei beni ereditarii e lascia correre inutilmente il tempo di tre mesi dall'apertura dell'eredità o dalla notizia della delazione. Ora questi stessi casi si debbono tenere presen=

ti per l'accettazione col beneficio dell'inventario per decidere in qual tempo debban farsi la dichiarazione, e l'inventario. Premessa questa regola veniamo alle applicazioni. Bisogna distinguere tre casi: 1°) il caso in cui l'erede chiamato all'eredità non abbia fatto alcun atto di erede; non sia nel possesso delle cose ereditarie e nessuno l'abbia chiamato in giudizio per costringerlo a decidersi. 2°) il caso in cui l'erede non ha fatto atto di erede, nè è nel possesso delle cose ereditarie, ma è stato costretto dal magistrato a deliberare e decidersi entro un certo tempo. 3°) il caso in cui l'erede si trova nel possesso dei beni ereditarii. In ciascuno di questi tre casi bisogna distinguere due ipotesi diverse, cioè l'ipotesi che la dichiarazione sia fatta prima dell'inventario e l'ipotesi che l'inventario sia fatto prima della dichiarazione. Tenendo conto di questo schema, vediamo come la legge regola i varî casi. Primo caso. L'erede non s'è mai immischiato in affari ereditarii, non è stato chiamato in giudizio, non è nel possesso dei beni ereditarii. Quando può fare la dichiarazione? Sempre fino a 30 anni. Quando può fare l'inventario? Sempre, anche fino ai 30 anni. Ma egli ha fatto l'inventario, subito dopo la morte del de cujus; quando può fare la dichiarazione? C'è stabilito un intervallo di tempo tra l'inventario e la dichiarazione da farsi? Nessun intervallo di tempo. Dal momento che la legge dice che si può accettare fino ai 30 anni, anche se l'inventario è stato fatto subito dopo la morte del de cujus si

ha sempre tempo infra i 30 anni di fare la dichiarazione solenne innanzi al Cancelliere della Pretura, perchè si compia l'accettazione vera e propria col beneficio dell'inventario. La legge non regola questa ipotesi e non c'era bisogno di regolarla, perchè dal momento che l'inventario per se stesso non vale niente e ci vuole la dichiarazione solenne innanzi al Cancelliere della Pretura, per aversi l'accettazione, e d'altra parte per principio generale l'accettazione può farsi sempre fino a 30 anni, ne viene che anche fatto l'inventario subito dopo la morte del de cujus si può fare sempre la dichiarazione. Così pure, poniamo che l'erede abbia fatto la dichiarazione innanzi al Cancelliere della Pretura, subito appena ha saputo che l'eredità è stata devoluta, ma non ha fatto però l'inventario, siccome l'accettazione non è completa senza l'inventario, e d'altra parte l'accettazione può farsi finchè non siano passati i 30 anni; egli può far l'inventario fino a che non sia decorso questo termine. Del resto la legge dice ciò espressamente nell'ultimo capoverso dell'art° 962. Dunque senza dubbio quando l'erede non è nel possesso reale dei beni ereditarî, la dichiarazione e l'inventario si possono fare in qualunque tempo, purchè non siano decorsi i 30 anni; nè esiste un intervallo legale di tempo tra la dichiarazione e l'inventario.

Veniamo ora all'altro caso, che cioè vi sia stato qualche interessato che abbia chiamato in giudizio l'erede per costringerlo a decidersi se intende accettare o

no, se intende accettare puramente e semplicemente o col beneficio dell'inventario ed il magistrato abbia fissato un termine. In questo caso la quistione si risolve agevolmente; passato il termine fissato dal magistrato, sia per fare l'inventario, sia per fare la dichiarazione segue che l'erede si ha come ripudiante (art° 951). Ora supponiamo che l'erede abbia fatto l'inventario nel termine fissato, ma abbia trascurato di fare la dichiarazione nel tempo fissato per questa; egli non può farla dopo utilmente e quindi si ha come rinunziante, nonostante il fatto inventario. Supponiamo ancora che abbia fatto subito la dichiarazione, ma abbia trascurato di fare l'inventario; non può farlo dopo il tempo prescritto dal magistrato, e quindi si ha ugualmente come rinunziante. I termini stabiliti sono: 3 mesi per fare l'inventario e 40 giorni, dopo fatto l'inventario per deliberare. Questi termini di 3 mesi e di 40 giorni per deliberare non scorrono se non dal giorno in cui il magistrato li avrà fissati (art.i 951 e 962). Terzo caso: l'erede è nel possesso reale dei beni ereditarii. Abbiamo visto che l'art° 952 parlando in termini generali dice che se l'erede che si trova nel possesso dei beni ereditarii non si conforma alle disposizioni di legge intorno al beneficio dell'inventario è reputato erede puro e semplice. Supponiamo che l'erede si trovi nel possesso dei beni ereditarii e voglia incominciare prima a fare l'inventario per vedere come deve decidersi. Quando deve fare l'inventario? Nei tre mesi dall'aperta successione o dalla no-

tizia della devoluzione. Se lascia trascorrere questi tre mesi senza fare l'inventario non può fare nulla. Solo se entro questo termine abbia cominciato l'inventario, ma non l'abbia compito, può ottenere dal pretore una proroga non eccedente altri tre mesi, salvo che fosse necessario un termine maggiore per particolari gravi circostanze (art° 959) Supponiamo che abbia fatto l'inventario nei tre mesi; entro qual tempo dopo la formazione dell' inventario deve farsi la dichiarazione d'accettare? La legge dà il termine di 40 giorni (art° 961). Supponiamo l'ipotesi inversa, cioè che nei tre mesi dell'apertura della successione abbia fatto la dichiarazione d'accettazione, però non ha curato nemmeno di cominciare lo inventario. Egli perde il diritto d'accettare con beneficio d'inventario e si reputa erede puro e semplice. La legge parla di termini per fare l'inventario e per deliberare, negli articoli citati. Ora alcuni hanno ritenuto che questo termine fosse stabilito per qualsiasi caso. Ciò non è esatto; perchè sebbene nell' art° 961 si adoperino termini generali, pure è chiaro dalla connessione di quest'° art° con i precedenti 959 e 960, e col susseguente art° 962 che la legge prevede solo il caso che si abbia il possesso reale dei beni ereditarii. Quindi tanto il termine di 3 mesi per fare l'inventario quanto quello di 40 giorni per deliberare non sono termini che riguardano tutte le possibili ipotesi: perchè quando si tratta di erede il quale non è nel possesso dei beni ereditarii, se è convenuto in giudizio dagl' interessati i 3 mesi e i 40

giorni incominciano non già dal giorno dell'apertura dell'eredità o dalla notizia della devoluzione, ma da quello che il magistrato vorrà fissare; e se poi non vi è stata alcuna sentenza del magistrato sul riguardo, il termine tanto per fare l'inventario che per la dichiarazione è il termine normale di 30 anni dall'apertura dell'eredità.

Però è da notare che la decorrenza dei termini brevi indicati, cioè dei tre mesi per fare l'inventario e dei 40 giorni per deliberare, non nuoce ai minori, agl'interdetti e agl'inabilitati, per i quali l'accettazione con beneficio d'inventario è obbligatoria, e da essa non si decade finchè non sia decorso un anno dal compimento della maggiore età, e dalla cessazione dell'interdizione e della inabilitazione. Solo scorso quest'anno inutilmente, cioè senza fare l'inventario e la dichiarazione, essi decadono dal beneficio d'inventario (artº 963).

Durante i termini per l'inventario e per deliberare il chiamato all'eredità, non potendo ancora considerarsi erede, è considerato come *curatore* di diritto dell'eredità, e come tale può essere chiamato in giudizio, e rappresentare gl'interessi dell'eredità; ove non comparisca, il magistrato nominerà un curatore d'ufficio. Ancora, nella qualità di curatore di diritto, il chiamato all'eredità può farsi autorizzare dal magistrato a vendere gli oggetti ereditarii che non si possono conservare, o la cui conservazione

importa grave dispendio; senza che tale vendita equi=valga ad accettazione tacita dell'eredità. E, finalmente, se durante i detti termini egli rinunzia all'eredità, le spese da lui fatte legittimamente vanno a carico del=l'eredità (art. 964, 965, 966).

Se prima che scorrano i termini stabiliti dalla legge, si compiano le formalità dell'inventario e della di=chiarazione, si diventa eredi con beneficio d'inventa=rio, ma non in modo irrevocabile. Non solo l'accet=tazione con beneficio d'inventario può essere priva di qualsiasi effetto, quando manchino gli estremi per avere un'accettazione giuridicamente esistente (cioè volontà, oggetto, forma), e può essere annullata per mancanza d'uno dei requisiti necessarii per la piena validità; ma anche se abbia tutti i carat=teri per l'esistenza e la validità può perdere la sua efficacia speciale, cioè convertirsi in accettazione pura e semplice. In tali casi si tratta di decadenza non del diritto d'accettare con beneficio d'inventario, ma di decadenza dai vantaggi speciali derivanti da tale accettazione, cioè dalla qualità di erede beneficiato che già s'era acquistata.

Cause di decadenza sono: 1°) l'omissione cosciente e in mala fede, di descrivere nell'inventario qual=che oggetto appartenente all'eredità (art° 967). 2° la ven=dita d'immobili ereditarî senza autorizzazione giudi=ziale, o senza le forme stabilite dal codice di proce=dura civile (art° 973); e la vendita anche di beni mo=

bili senza autorizzazione o le forme legali, solo però nel quinquennio dalla dichiarazione d'accettare con beneficio d'inventario; poichè, scorsi i cinque anni, la vendita dei beni mobili potendosi compiere senza formalità di sorta, non produce decadenza (art° 974).

3°) Ogni altro atto di disposizione che l'erede beneficiato non avrebbe potuto fare che in qualità d'erede puro e semplice. E ciò è giusto ammettere, sebbene la legge non parli che della vendita. Difatti la decadenza in caso di vendita non è tanto una pena, quanto effetto d'una interpetrazione che la legge fa della volontà dell'erede, il quale compiendo un atto che come erede beneficiato non può fare, mostra intenzione d'agire come erede puro e semplice. Quindi vi sarà decadenza, se l'erede compia atti di donazione, costituzione di servitù dazione in pagamento, rimessione di debiti. Ma può dirsi altrettanto delle transazioni e delle costituzioni d'ipoteca? V'è controversia relativamente a questi atti; è dubbio se essi siano atti validi, e quindi importano decadenza dal beneficio d'inventario; o se siano atti nulli, perchè fatti dall'erede beneficiato, e quindi perchè tali, non importano decadenza. Però rispetto alle transazioni la controversia è risoluta nel diritto nostro. L'art° 881 cod. proc. civ. stabilisce che decorso un mese dalla trascrizione e dall'inserzione della dichiarazione d'accettare con beneficio d'inventario nel giornale degli annunzi legali della Provincia l'erede beneficiato

può fare transazioni coll'autorizzazione del Pretore o del Tribunale (secondo la competenza per valore); ma ove l'autorizzazione manchi, la transazione non ha alcun effetto. Ora, se è così, riesce evidente come la transazione non produca decadenza. Ma resta insoluta la controversia circa la costituzione d'ipoteca. Alcuni ritengono che anche quest'atto sia inefficace e non importi decadenza, per le seguenti ragioni: 1°) se sono nulle le ipoteche giudiziali iscritte sui beni dell'eredità beneficiata (art° 1971) per la stessa ragione dovranno ritenersi tali anche quelle consentite dall'erede; giacchè la ragione dell'inefficacia delle ipoteche giudiziali è di mantenere tra i creditori ereditarî quello stato d'uguaglianza che avevano al tempo della morte del loro debitore; uguaglianza che verrebbe alterata, se si riconoscesse la validità delle ipoteche consentite dall'erede: 2°) inoltre, ritenendo valide tali ipoteche, e quindi facendo decadere l'erede dal beneficio d'inventario, nasce per i creditori una conseguenza contraria a quella che s'ha negli altri casi di decadenza: perchè in questi la decadenza può portare un vantaggio ai creditori ereditarî, in quanto avvenuta la confusione, si estenderà la garenzia dei loro crediti anche al patrimonio personale dell'erede, mentre la decadenza per la concessione d'ipoteca importerebbe loro un danno certo, poichè restando ferma l'ipoteca, si trovano in posizione inferiore ad altro creditore, mentre avevano diritto a serbarla uguale. Ma l'opinione contraria a noi sem-

bra più giusta, o almeno più conforme ai principii di legge. L'erede, anche beneficiato, è erede, e quindi, come tale, può compiere atti di disposizione: se la legge gli pone dei limiti, ciò fa non in vista di sua incapacità speciale, ma solo per mettere un contrappeso ai vantaggi che ha dal beneficio d'inventario: onde se non osserva questi limiti, perde i vantaggi corrispondenti; ma l'atto rimane validamente compiuto, perchè c'era la piena capacità di compierlo. Ciò formando la regola una eccezione relativamente alla validità di costituzione d'ipoteca doveva essere posta dalla legge; ma mancando disposizioni speciali, l'interprete non deve che applicare il principio. E invero non si può argomentare dall'impossibilità di iscrivere ipoteche giudiziali sui beni dell'eredità beneficiata, all'inefficacia delle ipoteche convenzionali sugli stessi beni, essendo l'ipoteca giudiziale un effetto legale delle sentenze di condanna che la legge ha voluto negare relativamente ai beni dell'eredità beneficiata, mentre invece l'ipoteca convenzionale è un atto di disposizione che può compiere qualsiasi proprietario, ove la legge non lo proibisca espressamente, e quindi anche l'erede beneficiato, che è sempre e indubbiamente erede, e quindi proprietario dei beni ereditarii. Tanto meno vale rilevare la conseguenza del danno che dalla decadenza in questo proviene ai creditori, non solo perchè non si può dal danno risultante negli effetti pratici da un atto argomentare la nullità dell'atto stesso; ma anche perchè un danno

può derivare ai creditori, anche quando s'avveri la decadenza, se il patrimonio ereditario è sufficiente a soddisfarli, e invece il patrimonio dell'erede sia talmente oberato che non basti a soddisfare i creditori personali di costui, i quali perciò avran diritto a concorrere con i creditori ereditarii, ove questi non abbiano avuto l'accorgimento di esercitare il diritto di separazione.

Finalmente, oltre che per decadenza, il beneficio d'inventario si può perdere per rinunzia, la quale può essere espressa o tacita.

Tanto però la decadenza quanto la rinunzia non hanno luogo per quelle persone le quali non possono che essere necessariamente eredi beneficiati, cioè per i minori, gl'interdetti, gl'inabilitati e le persone giuridiche. Solo deve ritenersi che, compiendo tali persone uno di quegli atti che importano di per sé decadenza, tali atti siano nulli: altrimenti esse godrebbero i vantaggi dell'accettazione del beneficio d'inventario, e nel tempo stesso anche quelli dell'accettazione pura e semplice, e tutto ciò in danno esclusivo dei terzi; il che non è giusto, né conforme ai principî di legge che concede i vantaggi del beneficio d'inventario, con certe limitazioni, le quali servono a garentire i diritti dei terzi

Lezione XIV^a

Sommario

La rinunzia all'eredità - Concetto - Requisiti per l'esistenza - per la piena validità - Effetti della rinunzia - rispetto al rinunziante - rispetto agli altri interessati - Irrevocabilità della rinunzia: eccezione - Revoca della rinunzia in pregiudizio dei creditori.

Degli effetti dell'accettazione col beneficio d'inventario parleremo quando tratteremo degli effetti derivanti dall'acquisto dell'eredità. Ora ci occuperemo della rinunzia dell'eredità. Che cos'è la rinunzia? Come l'accettazione è un atto unilaterale, con cui si acquista definitivamente l'eredità, così la rinunzia all'eredità produce l'effetto contrario, essa è l'atto unilaterale con cui si rende impossibile che l'acquisto ereditario divenga definitivo. Invece alcuni autori reputando che colla morte del defunto l'acquisto dell'eredità avvenga ipso jure e in modo definitivo, concepiscono la rinunzia come una condizione risolutiva dell'acquisto ereditario già compiuto.

Abbiamo detto che la rinunzia è atto unilaterale, onde ciò che s'è detto a proposito dell'accettazione vale per la rinunzia; questa non può considerarsi come contratto, perchè basta la semplice dichiarazione della volontà del rinunziante senza bisogno che essa venga accettata dagli altri interessati. Quali ne sono i requisiti? I requisiti si dividono in requisiti necessarii all'esi-

stenza e in quelli necessarii alla piena validità.

Requisiti necessarii all'esistenza. Anzitutto occorre l'esistenza di una volontà e questa dev'essere seria e piena. La rinunzia perciò sarà inesistente per mancanza di volontà se è fatta da chi si trova in istato di assoluta incoscienza, per qualsiasi causa o non sia sano di mente.

La volontà dev'essere seria: se uno rinunziasse per ischerzo, la rinunzia non avrebbe nessun valore. Inoltre si vuole una volontà piena il che vuol dire, che come nell'accettazione dell'eredità, così nella rinunzia non ci debbono essere limitazioni, modalità, come la condizione o il termine, e non può farsi per parte. La rinunzia per parte non è permessa per la stessa ragione per cui non è permessa l'accettazione per parte. L'eredità è universum jus, quindi o s'accetta intera o si ripudia intera. Solo in un caso la rinunzia per parte può avere una certa efficacia, quando cioè sia fatta a favore di uno dei coeredi o di chi altrimenti non avrebbe diritto all'eredità. Ma in questo caso avremo non già una vera e propria rinunzia, ma una disposizione parziale dell'eredità che perciò si considera come accettazione. Non basta che la volontà sia seria, piena, ma è necessario ancora che sia manifestata in modo formale e solenne. Mentre la accettazione può farsi espressamente e tacitamente, e la stessa accettazione espressa non importa speciale solennità, perchè basta la semplice assunzione della qualità di erede in un atto scritto, invece la rinunzia all'eredità deve

essere fatta con un atto rivestito di forme speciali; cioè dev'essere fatta innanzi al Cancelliere della Pretura del Mandamento in cui s'è aperta l'eredità, cioè nell'ultimo domicilio del defunto, e dal Cancelliere dev'essere registrata in apposito registro (art° 944). Se queste formalità non si adempiono, la rinunzia non esiste. Non esiste, quindi, se l'erede, poniamo, invece di presentarsi al Cancelliere si presenta al notaio e da lui faccia redigere un atto ad hoc; come pure la rinunzia non ha valore se l'erede si presenta in Cancelleria, faccia la dichiarazione al Cancelliere, ma questi invece di redigerla in iscritto nel registro a ciò destinato la scriva in altro registro, oppure se l'erede faccia la rinunzia innanzi al Cancelliere il quale la iscrive nel registro speciale, ma il Cancelliere non sia quello indicato dalla legge, cioè il Cancelliere della Pretura nel cui mandamento si aprì la successione.

Il Codice poi esclude ogni dubbio che possa esservi rinuncia tacita da argomentarsi per via d'induzione da facta concludentia, quando nell'art.° 944 dice: "la rinunzia non si presume„. Così per il nostro Diritto accade il contrario che nel romano, in cui la rinunzia, come qualsiasi altro atto giuridico, poteva essere espressa e tacita; espressa se c'era la dichiarazione diretta a tale scopo; tacita, se si poteva argomentare da certi fatti, come se l'erede si fosse fatto pagare l'intero credito che aveva contro il defunto, dagli altri eredi, oppure se alcuno avesse rinunziato ad intervenire nella divisione ed avesse tollerato che gli eredi dividessero l'eredità senza suo intervento. Nel dirit-

to consuetudinario francese invece non si ammise la rinunzia tacita; onde per Pothier ed altri autori la rinunzia non fu ritenuta valida, se non fosse stata fatta in forma solenne o con atto dinanzi a notaio o in Cancelleria con dichiarazione in giudizio. Ed il sistema della rinunzia espressa e formale è più conforme al principio moderno della pubblicità che serve a garentire i diritti dei terzi. Ciò vale a spiegare, come mentre nell'interesse dei terzi (creditori e legatarii) non si abbia una rinunzia valida *erga omnes* se non compiuta con tutte le formalità prescritte dall'art° 944, invece nei rapporti dei coeredi e dei chiamati in secondo ordine può bastare la rinunzia fatta in forma contrattuale, cioè a norma dell'art° 938, che prevede il caso di rinunzia fatta gratuitamente a favore di tutti quei coeredi cui sarebbe devoluta la porzione del rinunziante in caso di sua mancanza, e dichiara non indurre tale atto accettazione di eredità. Solo così può spiegarsi la disposizione dell'art° 938, che manca nel Codice francese: altrimenti sarebbe in contraddizione con la regola generale dell'art° 944.

Il codice nostro perciò dicendo che la rinunzia non si presume, segue il diritto consuetudinario francese volendo significare che non ci può essere rinunzia tacita: qualunque fatto compia l'erede da cui indirettamente si possa argomentare la volontà di rinunziare, e che presupponga necessariamente tale volontà, è un fatto che non implica rinunzia. Però se non c'è la rinunzia tacita, c'è la rinunzia presunta dalla legge, giacchè l'art° 944 esclude

la *praesumptiones hominis*, non quelle legali. Questo s'avvera in due casi. Quali sono? 1°) Già abbiamo visto il caso in cui alcuno lascia passare 30 anni senza accettare, nè rinunziare: Chi lascia passare 30 anni dall'apertura della successione, perde la facoltà d'accettare, quindi si reputa rinunziante, ancorchè non abbia fatto dichiarazione espressa. 2°) Altro caso è quello dell'art° 951. Chi è chiamato in giudizio perchè sia costretto a decidersi in un certo tempo se intende accettare o rinunziare, e lascia passare il termine fissato dal magistrato senza dichiarare la sua volontà s'intende rinunziante. Tranne questi casi eccezionali in cui la legge stessa reputa alcuno rinunziante, la rinunzia dev'essere fatta in quella forma solenne di cui abbiamo parlato.

Requisiti per la piena validità. Oltre i requisiti per l'esistenza, occorrono come per tutti gli altri atti giuridici, i requisiti per la piena validità. Altrimenti si avrà una rinunzia esistente, ma annullabile. I requisiti per la piena validità sono i seguenti. A) Anzitutto è necessaria la *capacità legale*; non tutti possono rinunziare da sè; vi sono alcune persone che non possono rinunziare, e queste sono tutte quelle che non possono accettare senza il concorso della volontà di altre persone. Tali sono: 1°) *I minori sotto la patria potestà*: essi non possono da sè soli fare nulla; ma nemmeno il padre può da sè solo, rappresentandoli rinunziare all'eredità devoluta al figlio soggetto alla sua potestà: per potere far questo validamente, deve ricorrere all'autorizzazione del

Tribunale (art° 224 arg) Quando il padre rinunzia coll'autorizzazione del Tribunale, la rinunzia è valida, altrimenti è annullabile. 2°) *I minori sottoposti a tutela*: anch'essi non possono fare nulla da sè, ma hanno bisogno della rappresentanza del tutore. Il tutore però non tutti gli atti può compiere da sè, ma per certi atti ha bisogno dell'autorizzazione del Consiglio di famiglia e in certi casi occorre anche la omologazione del Tribunale. Ora la rinunzia dell'eredità è uno di quegli atti che il tutore non può compiere da sè, perchè è un atto eccedente la semplice amministrazione; anzi la legge espressamente all'art° 296 dice che per accettare o per ripudiare l'eredità il tutore ha bisogno dell'autorizzazione del Consiglio di famiglia. 3°) *I minori emancipati*: questi non possono da soli rinunziare l'eredità, perchè la rinunzia non è atto di semplice amministrazione, e quindi hanno bisogno dell'assistenza del curatore e dell'autorizzazione del Consiglio di famiglia. 4°) *Gli interdetti*. Essi hanno bisogno dell'assistenza del tutore e l'autorizzazione del Consiglio di famiglia.
5°) *Gli inabilitati*. Occorre la semplice rappresentanza del curatore perchè non esiste mai la necessità dell'autorizzazione del Consiglio di famiglia. 6°) *La donna maritata*. La donna maritata può rinunziare all'eredità? Il dubbio nasce da ciò, che la rinunzia all'eredità è un atto di disposizione, sebbene non si possa dire atto d'alienazione nel senso tecnico, rigoroso della parola; inquantochè prima della rinunzia, secondo il sistema da noi seguito, non s'è acquistata la proprietà definitiva dei be=

ni ereditarii, ma solo un diritto sotto condizione. Quindi la rinunzia non equivale addirittura ad alienazione in senso stretto; però è senza dubbio un atto che importa disposizione, perdita di un diritto e quindi eccede la semplice amministrazione. Ora se l'atto di rinunzia all'eredità importa alienazione in senso largo, sarà permesso alla donna maritata o pur no, specie se l'eredità sia composta di cose immobili? Anche se l'eredità abbia per contenuto dei beni immobili, la donna maritata non ha bisogno dell'autorizzazione del marito. Perchè? Perchè innanzitutto la rinunzia all'eredità non è la vera e propria alienazione nel senso di cui parla l'art° 134, che presuppone un diritto già acquisito definitivamente il quale si trasmette ad altra persona. In secondo luogo la rinunzia all'eredità non significa rinunzia a questo o quell'altro bene ereditario; l'eredità è un nomen juris che prescinde dal contenuto materiale, beni mobili o immobili.

Non avendo la legge parlato espressamente della rinunzia dell'eredità e non potendosi essa comprendere sotto la categoria di alienazione di beni immobili di cui parla l'art° 134, si deve dire che la donna maritata può benissimo da sè, senz'autorizzazione del marito, rinunziare all'eredità.

7°) *Le persone giuridiche.* Abbiamo detto le persone giuridiche sono incapaci di accettare l'eredità senza l'autorizzazione governativa. Che dobbiamo dire rispetto alla rinunzia? La legge del 1850 s'occupa soltanto

dell'acquisto delle persone giuridiche, non già dell'alienazione. Neppure se ne occupa la legge del 1896: quindi non può darsi una regola generale. Però anche le persone giuridiche per rinunziare all'eredità hanno bisogno di speciale autorizzazione, la quale dovrà essere data dalle varie autorità superiori a cui spetta la tutela o vigilanza, secondo i varî casi. Così, se una persona giuridica ecclesiastica, la quale non può compiere alcun atto di disposizione eccedente la semplice amministrazione, senza autorizzazione governativa, vuole rinunziare all'eredità, (siccome la rinunzia non può essere considerata atto di amministrazione, ma è semplice atto di disposizione), avrà bisogno dell'autorizzazione governativa; invece i Comuni, le Provincie, le Opere Pie, non avranno bisogno dell'autorizzazione governativa, ma semplicemente dell'autorizzazione della Giunta Prov. Amministrativa, o della Commissione Prov. di beneficenza. (Cf. legge 17 luglio 1890 art° 36 lett. c.) Gli altri enti avranno bisogno dell'autorizzazione delle autorità tutorie indicate dalle leggi speciali. Mentre per l'accettazione c'è un principio generale unico; per la rinunzia non v'è altra regola generale se non che l'autorizzazione è necessaria, ma sulla questione chi debba dare l'autorizzazione la decisione varia secondo le varie specie di persone giuridiche.

B) Non basta che vi sia la capacità della persona, perchè la rinunzia sia pienamente valida, è necessario che la volontà sia esente da vizii. Le regole gene=

rali che s'applicano a tutti gli atti giuridici si applicano alla rinunzia; quindi se la rinunzia è avvenuta per violenza, essa è annullabile. Così ancora se è avvenuta per dolo, cioè per inganno, per raggiri adoperati da altre persone verso il rinunziante, al quale per es. s'è fatto credere che l'accettazione dell'eredità, sarebbe stato un pessimo affare, per i molti debiti, ecc; in questo caso la rinunzia è annullabile e poco importa se il dolo sia derivato da persone direttamente interessate alla rinunzia oppur no. Qui non siamo in presenza di un contratto, abbiamo un atto unilaterale che è sempre impugnabile, da chiunque il dolo sia derivato; perciò non è applicabile l'art° 1115 Codice Civile. Che dire per l'errore? L'errore è causa dell'annullabilità della rinunzia o pur no? Per l'accettazione abbiamo detto, che l'errore non è mai causa di annullabilità. L'accettazione non si può impugnare che per violenza o per dolo; si esclude l'errore. Invece niente è detto a proposito della rinunzia; quindi crede che bisogna conciliare i principii generali colla speciale indole della rinunzia. Se l'errore cade sulla sostanza della cosa, cioè sulla entità del patrimonio ereditario, la rinunzia non è impugnabile. Si ha errore sulla sostanza, quando per es. una persona ha rinunziato perchè credeva che il passivo superasse l'attivo, mentre in realtà non era così; quindi in fondo l'errore si riduce a una lesione. Ora per principio generale del nostro codice, quando un atto giuridico produce lesione a chi l'ha com=

pito, esso non è impugnabile. In due casi la legge ammette l'impugnativa per lesione, nel caso di vendita d'immobili, in favore del venditore, e nel caso di divisione; fuori di questi due casi la lesione non costituisce vizio dell'atto. Sicchè, se l'errore sulla sostanza del patrimonio ereditario è stato la causa della rinunzia, evidentemente quest'errore risolvendosi in lesione non produce annullabilità. Se, invece, la rinunzia è causata da errore nei motivi come se uno abbia rinunziato sol perchè credeva che ci fossero parenti bisognosi del testatore, mentre non ve ne sono, o che i beni lasciatigli avessero una provenienza disonorevole, il che non è, in questi casi si può benissimo ammettere l'impugnativa perchè la legge non pone alcun ostacolo.

Effetti della rinunzia. Gli effetti della rinunzia si debbono studiare rispetto allo stesso rinunziante e rispetto agli altri interessati. Rispetto allo stesso rinunziante la legge dice che la rinunzia fa considerare il rinunziante come se non fosse stato mai chiamato all'eredità (art° 945). La rinunzia ha effetto retroattivo, viene a distruggere la stessa vocazione ereditaria, onde il rinunziante si considera come uno affatto estraneo, che mai abbia avuto diritto ad accettare l'eredità; quindi esso conserva tutti i diritti che aveva contro l'eredità, e tutti gli obblighi che aveva verso di essa. Da questo principio sommo scaturiscono tutte le conseguenze che passiamo ad esaminare. Prima conseguenza. Dal momento che chi ha rinunziato, si considera come se mai avesse ac=

cettato l'eredità, ne deriva che il chiamato all'eredità non si può riservare niente a titolo di legittima, perchè la legittima è parte dell'eredità. Se uno istituito erede rinunzia, non può dire: intendo rinunziare alla disponibile ed accettare la legittima; il rinunziante si ha come non erede, quindi nemmeno come legittimario (art 1003). Ma se non può pretendere nulla a titolo di eredità, il rinunziante può pretendere i legati a lui fatti; appunto perchè il legato è cosa diversa dall'eredità (art° 945). Altra conseguenza è che se il chiamato all'eredità era uno di quelli che aveva l'obbligo di mettere in collazione le donazioni fatte dal defunto, quest'obbligo cessa per effetto della rinunzia, perchè l'obbligo della collazione spetta all'erede discendente del defunto di fronte ai coeredi anche discendenti. Invece il rinunziante ha perduta la qualità d'erede e quindi può ritenere i doni fatti dal defunto. Se però può ritenerli senza l'obbligo della collazione, non può ritenerli nella loro totalità se eccedessero la parte di cui il donante potea disporre; sicchè, come qualsiasi estraneo, sarà soggetto all'azione di riduzione soltanto. Ciò vale anche per i legati (art° 1003). Questi sono gli effetti rispetto al rinunziante.

Effetti rispetto agli altri interessati. Questi effetti sono anche un corollario del principio che il rinunziante si ha come se non fosse stato mai chiamato all'eredità. Che cosa accade quando uno rinunzia? La quota a lui spettante a beneficio di chi va? Bisogna distinguere le due specie di successione: legittima e testamentaria. Se la successione è le-

gittima ed uno degli eredi rinunzia, la legge stessa dice a chi va la quota del rinunziante: essa si accresce ai coeredi, se più siano chiamati nello stesso ordine; se invece non vi siano coeredi, la quota del rinunziante si devolve al grado susseguente (art° 946). Bisogna spiegare bene queste parole perchè per se stesse potrebbero indurre in equivoco. La legge fa due ipotesi: 1°) che il rinunziante sia uno di quelli che doveva concorrere all'eredità insieme con altre persone, come nel caso che un padre lasci più figli ed uno di questi rinunzii. In questo caso la quota del rinunziante a chi va? Agli altri che concorrevano con lui. 2°) Il secondo caso è che il rinunziante sia solo nel suo grado; un padre, morendo, lascia un figlio solo; questo rinunzia: a chi va la quota di questo figlio? Bisogna vedere quali siano i rimanenti successibili. Se vi sono figli del figlio va a costoro, essi però succedono per ragion propria e non per rappresentazione; se vi sono fratelli va ai fratelli; se parenti in decimo grado va a costoro e finalmente va allo Stato. Ma la parola coerede che si trova nell'art° 946 non è in tutto esatta; è esatta nel caso semplice che ho fatto dianzi, di un padre che morendo lascia più figli: se uno di essi rinunzia, gli altri si approfittano della quota del rinunziante. Ma supponiamo un altro caso: che il padre morendo lasci un figlio sopravvivente, mentre un altro gli è premorto. In luogo del premorto succedono per rappresentazione i figli di lui che poniamo sono tre, i quali presi insieme prendono l'unica quota che sarebbe spet=

tata al loro genitore, se fosse sopravvissuto. Supponiamo ora che rinunzî uno di questi tre nipoti del defunto, cioè uno dei rappresentanti il premorto. La quota a costui spettante a chi s'accrescerà? Se volessimo applicare meccanicamente la legge, siffatta quota dovrebbe accrescersi non solo agli altri due figli del premorto, ma anche al figlio superstite del de cujus, perchè tutti sono coeredi. Invece lo spirito della legge non è questo; la legge intende dire che la quota del rinunziante giova a coloro i quali dall'accettazione del rinunziante avrebbero sofferto una diminuzione del loro diritto. Ora in questo caso chi avrebbe sofferto una diminuzione, ~~se~~, il rinunziante avesse accettato? Avrebbero sofferto una diminuzione solo i figli del premorto, perchè questi tre insieme riuniti dovevano avere una sola quota: onde solo a questi gioverà la rinunzia, all'altro erede no. Che questo concetto sia logico e giusto si rileva anche dall'art° 43, quando si parla dell'eredità devoluta all'assente, e in cui con locuzione più appropriata si dice: « la successione sarà devoluta a coloro coi quali tale persona avrebbe avuto diritto di concorrere ». Sicchè se una persona morendo lascia degli ascendenti nella linea paterna e nella materna, in modo tale che tutta l'eredità si deve dividere in due parti uguali, di cui una spetta agli ascendenti della linea paterna e l'altra agli ascendenti della linea materna, senza tener conto del numero delle persone, comprese in ciascuna linea; ove (suppongasi) abbia rinunziato all'eredità l'avo paterno, la porzione di costui s'accrescerà soltanto all'ava paterna, pu-

chè costei avrebbe sofferto una diminuzione della sua quota se il rinunziante avesse avesse accettato, e non già anche agli a i materni. La parola coerede ha dunque un significato che bisogna restringere: concetto del legislatore è che la rinunzia giova a coloro che avrebbero sofferto una diminuzione della loro quota, se il rinunziante avesse accettato.
Quando il rinunziante è il solo successibile nel suo grado, succedono quelli chiamati in sua vece nel grado susseguente. Anche queste parole danno luogo a dubbî. Che vuol dire susseguente? Vuol dire grado di parentela o grado di successione? Vuol dire grado di successione evidentemente. Una persona, morendo, lascia un figlio, un fratello, ed un pronipote ex filio. Il figlio che è il primo chiamato rinunzia, a chi va l'eredità? Va al fratello del defunto o al pronipote? Il fratello del defunto è parente a lui in secondo grado, il pronipote è parente in terzo grado, onde, se dovessimo prendere la frase della legge «grado susseguente» nel senso di grado di parentela, l'eredità si dovrebbe devolvere al fratello. Ora questo sarebbe contro i principii della legge stessa, la quale dice che in primo luogo succedono i figli ed i discendenti fino all'infinito, e poi i fratelli; sebbene il fratello sia in grado di parentela più vicino al pronipote, non di meno nell'ordine di successione occupa un grado più remoto. Perciò nel caso configurato la rinunzia del figlio giova al pronipote, non al fratello del defunto - Non bisogna quindi intendere la parola grado nel senso di grado di pa=

rentela, ma nel senso d'ordine di successione; onde avrebbe fatto meglio la legge a dire anzichè « la successione si devolve al grado susseguente » la successione si devolve a quelle persone che sono chiamate immediatamente dopo dalla legge, o a quelle cui spetterebbe in sua mancanza, come è detto nell'art° 43 a proposito dell'assenza.

Ora veniamo alla successione testamentaria. L'erede istituito per testamento, ha rinunziato; a chi va la quota di esso? La legge distingue due casi; che vi siano più coeredi chiamati insieme col rinunziante col diritto d'accrescimento, e che non vi sia luogo a diritto dell'accrescimento. Se l'erede rinunziante è chiamato all'eredità insieme con altri, mediante la conjunctione et verbis; la sua quota si devolve agli altri coeredi così congiuntamente chiamati. Quale sarebbe il caso della conjunctio re et verbis? Felano ha fatto un testamento col quale istituisce erede Tizio, Cajo, Sempronio, in parti uguali. In questo caso per la legge nostra si ha la congiunzione re et verbis, perchè questo modo d'esprimersi fa presupporre che il testatore in mancanza di uno di questi eredi avrebbe chiamato in tutto l'asse gli altri due. Se invece non c'è questa congiunzione, come se il testatore abbia detto, in una proposizione, chiamo erede Tizio e poi in altra separata, chiamo erede Cajo, e poi chiamo anche Sempronio: oppure anche in unica proposizione abbia detto: siano eredi Tizio, Cajo, Sempronio, ciascuno dei quali deve avere un terzo della mia eredità, in questo caso, o non essendovi congiunzione verbale, o anche essendovi quella ver=

bale ma mancando la reale, giacchè vi è designazione della parte, non c'è diritto d'accrescimento: i tre eredi non sono chiamati alla totalità, ma ciascuno ha una parte distinta, separata, espressamente indicata dal testatore. E quindi segue che la quota del rinunziante non va agli eredi testamentari, ma si apre rispetto ad essa la successione legittima; onde se vi sono parenti legittimi, anche di ultimo grado succederanno questi, se no, succederà addirittura lo Stato. (art. 948, 880 e 889).
Visto così quale sia la sorte della quota che sarebbe spettata al rinunziante, per completare l'argomento, dobbiamo ricordare che quando alcuno rinunzia non è possibile la rappresentazione in favore dei suoi discendenti. Questo è detto espressamente dalla legge nell'art.° 947; ma è un principio, veramente, che non è giustificato. Dal momento che la legge ammette la rappresentazione in favore dei discendenti dell'indegno e dell'assente, poteva ammetterla anche nel caso del rinunziante. Questo principio ha solo una spiegazione storica. L'antico diritto Francese non ammetteva mai la rappresentazione della persona vivente, essa era limitata al solo caso di premorienza; e fu soltanto nel codice Francese che si ammise la possibilità di rappresentare l'assente e nel nostro anche l'indegno. Rimane perciò come avanzo dell'antico diritto l'impossibilità di rappresentare il rinunziante perchè persona vivente. Però, se ove alcuno rinunzi all'eredità, i figli di lui non possono pretendere la sua quota per diritto di rappresentazione; quando invece essi

siano i successibili di grado più prossimo potranno benissimo pretendere quella stessa quota, non già jure repraesentationis, ma jure proprio. Il che importa delle conseguenze pratiche diverse, perchè avendo un diritto di rappresentazione essi potrebbero concorrere anche con gli altri parenti di grado più prossimo; invece potendo succedere solo per diritto proprio, avranno la quota del rinunziante solo quando non vi sia alcun altro più prossimo, chiamato all'eredità.

La rinunzia è irrevocabile; ma la irrevocabilità della rinunzia, che nel Diritto romano era assoluta, nel Diritto italiano come nel francese ammette una limitazione. Questa limitazione che si trova nel Diritto francese ed italiano ha una storia; si fonda su una falsa interpetrazione di alcuni testi romani dovuta a due giureconsulti francesi Domat e Lebrun i quali, confondendo la rinunzia col *beneficium abstinendi*, credettero che nel Diritto romano si ammettesse la revocabilità della rinunzia, mentre il vero è che il *jus abstinendi* era soltanto un rimedio concesso dall'editto pretorio agli eredi *sui et necessarii* perchè non incorressero nell'obbligo di pagare i debiti *ultra vires*, ma non importava rinunzia all'eredità, onde era revocabile. Il Pothier combattè una tale opinione, dimostrando come non si potessero applicare le regole di un istituto speciale, che presupponeva l'esistenza di eredi necessarii, nel Diritto francese in cui tutti gli eredi erano volontarii, e ritennero perciò l'irrevocabilità assoluta della

rinunzia. Ma il codice francese preferì in questo punto seguire piuttosto l'opinione erronea di Domat e Lebrun, che quella di Pothier. Ciò premesso, vediamo quando si può ritornare sulla rinunzia fatta. Quando s'avverano due condizioni, cioè quando dopo la rinunzia fatta da una persona nessun altro abbia accettato, e non sia passato il termine prescritto dalla legge per accettare. (Artº 950 C.C.). Come si vede questa è un'anomalia che stride coi principii generali in materia di successione. Se il rinunziante si ha come non mai chiamato all'eredità, ne viene che per l'efficacia retroattiva della rinunzia, fin dal tempo dell'apertura dell'eredità i coeredi, o gli eredi in grado successivo, si reputano investiti di pieno diritto del possesso delle cose ereditarie; in modo tale che ammettendo la revoca della rinunzia, viene ad essere tolto loro un diritto già acquistato. Quest'anomalia giuridica si può giustificare solo nell'interesse dei terzi. La legge ha interesse che l'eredità sia accettata, perchè i terzi sappiano a chi debbano rivolgersi per avere il pagamento dei crediti, e quindi facendo eccezione ai principii generali ammette che avvenga l'accettazione anche dopo la rinunzia, affinchè l'eredità stia in sospeso il minor tempo possibile. Questa è l'unica giustificazione ammissibile. Oltre la revoca che può farsi in questo caso eccezionale, c'è un'altra revoca che la legge permette solo nell'interesse dei creditori. I creditori del rinunziante possono impugnare la rinunzia come fatta in pregiudizio dei loro diritti, quindi, di=

ce la legge, possono ottenere dal magistrato il permesso di accettare l'eredità invece del loro debitore. (art° 949 C.C.) Quest' art° presenta molte dubbiezze, che bisogna risolvere brevemente. Anzitutto si domanda: si tratta di azione surrogativa che si esercita in rappresentanza dei diritti del debitore, o si tratta di azione Pauliana che si esercita in nome proprio? Alcuni hanno detto che si tratta di azione surrogatoria, ma ciò non è esatto, perchè l'azione di surrogazione si ha quando il debitore trascura di esercitare un diritto, che viene esercitato poi dai creditori. Qui invece abbiamo un debitore che non ha più il diritto, in quanto è rinunziante. Ora se i creditori possono accettare in sua vece, significa che esercitano un diritto proprio. Ma quando i creditori chirografari possono esercitare un diritto proprio in contrapposto all'atto compiuto dal loro debitore? Essi in generale agiscono nella rappresentanza del debitore, e non hanno maggior diritto del debitore: in un solo caso hanno un diritto proprio contro il debitore, ed è quando l'atto del debitore fu compiuto in frode. Quindi in base a questo ragionamento, è chiara la conseguenza che l'impugnativa della rinunzia della legge concessa ai creditori del rinunziante non possa essere considerata come esercizio dell'azione di surrogazione, ma sì dell'azione Pauliana. Trattandosi di azione Pauliana i creditori dovranno provare la frode nel loro debitore; non basta che provino il danno che hanno ricevuto dal

la rinunzia. La legge all'art° 949 però non parla di frode, ma dice così: « i creditori di colui che rinunzia ad un'eredità in pregiudizio dei loro diritti ecc »; ora su questa parola « in pregiudizio » si sono fermati gl'interpetri per sostenere una contraria opinione. Alcuni hanno detto che non si richiede la prova della frode, basta provare il danno. Ciò si rileverebbe dai lavori preparatorii del codice francese. Infatti nel progetto relativo a questo articolo, c'era la parola frode, ma questa si tolse e si pose invece la parola pregiudizio, la quale venne riprodotta nel codice italiano. Quindi, dicono costoro, la legge si contenta del semplice pregiudizio. Noi crediamo invece doversi ritenere che i creditori debbono provare la frode. Anzitutto perchè ammettendo il contrario, non si saprebbe comprendere qual'è la natura di quest'azione; poichè se non si deve provare la frode, non è Pauliana; e se non è Pauliana, nè azione di rappresentanza che sarà mai? Se poi è Pauliana, è evidente che bisogna provare la frode, sebbene la legge non lo dica espressamente. Del resto, anche studiando storicamente la quistione, è forza conchiudere che l'azione d'impugnativa della rinunzia da parte dei creditori si deve considerare come un vero e proprio caso di applicazione dell'azione Pauliana e quindi è necessario provare la frode. Difatti il Pothier la considera come tale: e se il legislatore francese non usò la parola frode, ma a

questa sostituì la parola pregiudizio, da ciò non si può dedurre senz'altro che egli intese dispensare i creditori del rinunziante dalla prova della frode. Difatti vi furono diverse ragioni. Una di queste si fu che il legislatore francese quando scrisse tale articolo non aveva tratta= to ancora dell'azione Pauliana. Perciò quando si discus= se dell'articolo relativo alla revoca della rinunzia volle lasciare impregiudicata la questione se occorresse o no la prova della frode per l'esercizio della Pauliana in genera= le. Inoltre tra il codice francese ed il nostro c'è una differenza. Nel codice francese (art° 1167) quando si parla dell'azione Pauliana per la quale si richiede la frode si dice: «salvo le disposizioni speciali contenute nel titolo del contratto di matrimonio e nel titolo della successione» in modo tale che la regola relativa alla rinunzia dell'eredi= tà si può considerare come un'eccezione ai principii ge= nerali, mentre questo non è detto nel codice nostro. Perciò tenuto conto della differenza nelle locuzioni e della sto= ria della disposizione, crediamo che la frode debba provar= si. Tanto più crediamo questo, in quanto la frase usa= ta dalla legge «in pregiudizio» non ostacola la nostra o= pinione. La legge non dice: i creditori possono impugna= re la rinunzia che produca loro pregiudizio (perchè se dicesse così, avremmo torto rispetto alla lettera della leg= ge), ma adopera la frase: rinunzia compiuta in pregiu= dizio e non l'altra "con pregiudizio". Occorre perciò la intenzione di pregiudicare; perchè non si può dire che un atto è compiuto in pregiudizio altrui, se chi lo com=

pie non ha l'intenzione di recare danno cioè l'intenzione fraudolenta. Ma, ritenuto che occorre l'elemento della frode, rimane la questione se basti provare l'intenzione fraudolenta nel rinunziante, oppure occorra anche provare la conscientia fraudis in coloro che della rinunzia si sono giovati. A noi sembra che basti provare la frode nel rinunziante; dacchè coloro che si approfittano della rinunzia, ricevendo un vantaggio che non avrebbero avuto se la rinunzia non fosse stata fatta, e ciò senza loro sacrifizio economico, la rinunzia si deve annoverare tra gli atti gratuiti, e quindi va ad essa applicata la regola generale concernente la Pauliana rispetto agli atti gratuiti.

Quali sono gli effetti della revoca? La legge dice: «i creditori possono farsi autorizzare dal magistrato ad accettare l'eredità in luogo ed in nome del debitore». Che significa questo? Significa che non ostante la revoca della rinunzia il rinunziante non diviene mai erede; l'impugnativa della rinunzia è cosa che giova ai creditori che l'hanno impugnata. Essi debbono soddisfarsi su quella parte dell'attivo ereditario che sarebbe rimasta dopo pagati i debiti e gli altri pesi ereditarii, se l'erede rinunziante avesse accettato. Dimodochè, quando i creditori si sono soddisfatti su tale parte dell'attivo ereditario, se qualche cosa resta, questa non andrà a vantaggio del rinunziante o dei suoi eredi, in quanto chi ha rinunziato ha perduto per sempre la qualità d'erede; ma andrà degli altri eredi cui spetta per accrescimento

o devoluzione la quota del rinunziante. Perciò ancora con questa impugnativa i creditori del rinunziante non diventano eredi essi stessi; l'azione di revoca si esercita per lo scopo soltanto di reintegrare il patrimonio del debitore, come sarebbe stato se la rinunzia non fosse av-venuta. Quindi se i coeredi del rinunziante vogliono im-pedire la revoca, lo possono benissimo offrendo ai credito-ri una somma di danaro corrispondente alla parte di attivo ereditario che avrebbe guadagnato il rinunziante, se avesse accettato, e fino alla concorrenza dell'ammon-tare dei debiti. I creditori allora non possono pretende-re d'impugnare la rinunzia, perchè mancherebbe l'interesse ad agire.

Lezione XV^a

Sommario

L'eredità giacente - Differenza tra il Diritto romano e il nostro - I casi di eredità giacente previsti espressamente dal codice - Gli altri casi che possono aggiungersi - L'indole giuridica dell'eredità giacente -

Dopo aver parlato dell'accettazione e della rinunzia, è opportuno trattare dell'eredità giacente. Il Diritto romano, siccome l'eredità non passava ipso jure dal defunto all'erede, dovette provvedere agl'interessi ereditarî nell'intervallo di tempo che correva dall'apertura dell'eredità all'accettazione. In questo frattempo il chiamato all'eredità non era erede, non poteva agire nell'interesse dell'eredità, non aveva alcun diritto sui beni ereditarî, perciò, affinchè non mancasse la continuità dei rapporti patrimoniali dal defunto all'erede il Diritto romano ricorse all'espediente di considerare l'eredità come giacente, per provvedere ai beni ereditarî in questo stato di giacenza, come se vi fosse veramente un soggetto, mentre a rigore un soggetto non vi era, perchè il defunto non esisteva e l'erede non aveva ancora acquistato il diritto.

I giureconsulti antichi in base ai principii di Diritto romano distinsero l'eredità giacente dall'eredità vacante; la prima sarebbe quella la quale attualmente non ha titolare, ma spera di averlo (haeredem non habet,

sed habere sperat} secondo la frase del Fabro) in quanto esiste colui che coll'accettazione potrà diventare erede; invece quando manca la possibilità dell'accettazione o perchè gli eredi tutti hanno rinunziato, o perchè il defunto non ha lasciato eredi legittimi, o testamentari allora si dice vacante perchè haeredem non habet, nec habere sperat, ed è chiamato il fisco ad impadronirsi dei beni. Però la definizione che dell'eredità giacente e della eredità vacante davano gli antichi giureconsulti, non può essere accettata nel Diritto nostro nonostante che i civilisti italiani si ostinino a ripeterla, perchè il concetto di eredità giacente nel Diritto nostro è diverso da quello del Diritto romano, essendo diversi i principii regolatori dell'acquisto del diritto ereditario. Noi già abbiamo visto la grande differenza che esiste tra le due legislazioni. Infatti nel diritto nostro l'eredità si trasmette ipso jure dal defunto all'erede, senza bisogno di materiale apprensione dei beni e anche prima dell'accettazione, la quale non è che una condizione per rendere definitivo l'acquisto. Quindi il caso tipico per cui nel Diritto romano, si rese necessario l'istituto dell'eredità giacente, non esiste più nel diritto nostro; l'erede anche prima dell'accettazione c'è sempre, e anche in mancanza di eredi testamentarii o del sangue c'è sempre lo Stato. L'eredità giacenti nel diritto nostro ha così assunto una natura ben diversa, sebbene lo scopo pratico si possa dire uguale, in quanto lo scopo dello istituto è di provvedere all'amministrazione, e alla con-

servazione dei beni ereditarî, nel tempo in cui l'erede non può provvedervi. Ma i casi sono diversi, il caso tipico dell'eredità giacente che esisteva nel Diritto romano, non esiste più nel diritto nostro, onde l'eredità giacente si ha solo in tutti altri casi specificati dal codice; cioè il caso che l'erede sia ignoto, ed il caso in cui gli eredi abbiano rinunziato (art° 980 C.C.). Il caso invece del Diritto romano, che cioè l'eredità non fosse stata ancora accettata, è disciplinato ben diversamente dalla legge nostra se nell'intervallo tra l'apertura dell'eredità e l'accettazione i beni ereditarî la legge li affidasse all'amministrazione di un curatore permanente, si potrebbe dire che manca il nome, ma c'è la sostanza dell'hereditas jacens. Invece la legge nulla dispone pel caso che l'erede non sia nel possesso reale, e nessuno abbia promosso contro di lui istanze. Solo nel caso che l'erede si trovi nel possesso reale, o essendovi promosse istanze il giudice abbia fissato un termine per deliberare e per fare l'inventario, l'art° 964 stabilisce che l'erede viene considerato curatore di diritto e può rappresentare in giudizio l'eredità sia attivamente che passivamente. Se non vuol saperne il magistrato nominerà un curatore speciale pel determinato giudizio. Dunque non c'è un'amministrazione speciale per sè stante, in modo che possa considerarsi l'eredità come giacente. (art° 964 C.C.) Come risulta dalla Relazione Pisanelli il disposto dell'art° 964 fu introdotto dal nostro Codice per ovviare all'inconveniente che si verificava coi codici precedenti della sospen=

sione delle istanze dei creditori sino a quando l'erede non avesse deliberato. E se, proprio in quel caso in cui il Diritto romano, ravvisava la necessità di stabilire una amministrazione apposita, il nostro codice ne fa a meno, dobbiamo riconoscere come il concetto moderno differisce dal romano. Nel nostro codice abbiamo visti due casi tipici d'eredità giacente, cioè il caso che l'erede non sia noto, o il caso che gli eredi abbiano rinunziato. Ma anche quando sia ignoto l'erede vero, o gli eredi noti abbiano rinunziato, c'è sempre un soggetto di quest'eredità realmente esistente, e soltanto c'è incertezza subbiettiva intorno ad esso. Il soggetto esiste, in quanto i beni ereditarî appartengono all'erede incognito; come pure se l'eredità è stata ripudiata dagli eredi noti anche qui il soggetto dell'eredità, non manca, perchè questo sarà per lo meno lo Stato, il quale ha diritto di acquistare i beni in mancanza di altri e ha la qualità d'erede. Dunque non c'è mancanza di soggetto dei beni ereditarî, mentre nel caso dell'eredità giacente nel Diritto romano mancava proprio il soggetto, che non era il defunto, nè l'erede sebbene noto, perchè non aveva accettato. Ecco la differenza concettuale tra l'istituto dell'eredità giacente nel Diritto romano e nel Diritto nostro. Perciò appunto in vista di questa differenza, nel codice Napoleonico, nel caso che l'erede non sia noto, ed in quello che gli eredi noti abbiano rinunziato, non si parla d'eredità giacente, ma s'adopera un'altra locuzione, quella di eredità vacante. Questa espressione è però anch'essa poco esatta, tanto i

vero che nella traduzione ufficiale del codice francese in Italia, la parola di eredità vacante fu tradotta in eredità giacente; perchè lo scopo pratico è uguale a quello che si propose il Diritto romano. Dalle cose dette perciò si può argomentare che da noi non si può dire: eredità giacente è quella che «haeredem non habet, sed habere sperat» perchè l'eredità anche giacente «haeredem semper habet»: nè si può parlare d'eredità vacante, se non in senso improprio, cioè limitando la parola «erede» a designare soltanto gli eredi del sangue e gli eredi testamentarii ed escludendo lo Stato.

Esaminiamo ora i casi dell'eredità giacente di cui il codice fa menzione nell'art° 980. Il primo caso è «quando l'erede non sia noto» Che si vuol significare con queste parole? S'intende dire con quella frase «quando un determinato erede non sia noto» o «quando tutti gli eredi in generale non siano noti»? Alcuni hanno addotto un esempio, che dimostra come abbiano male compreso detto art°. l'esempio che io istituisca erede per testamento Tizio e questi al tempo della mia morte non è noto se vi sia o dove sia. In questo caso, si dice, si ha l'erede ignoto e quindi eredità giacente. Ciò è inesatto. Quando alcuno istituisce erede una persona, poco importa se essa non sia conosciuta dalla generalità degli abitanti nel domicilio del defunto; se non si sa dove questa persona sia, nè se esista, essa non si può dire ignota, ma si deve ritenere assente. Quando una persona determinata, pel nome e cognome in modo da non potersi confondere con altra, non si sa se vi sia e dove sia; è il caso dell'assenza, ed

il caso dell'assenza è disciplinato in modo diverso dal nostro codice. Nel caso dell'assenza di un erede testamentario o legittimo, non si ha eredità giacente, ma si applica l'art° 43 C.C. altra volta ricordato, il quale stabilisce che se una persona chiamata all'eredità è assente, cioè s'ignora se esista e dove esista, l'eredità non si apre in suo favore, ma in favore di coloro che avrebbero avuto il diritto di concorrere con lei, o che avrebbero avuto il diritto di succedere in suo luogo. Tra il caso dell'assenza dell'erede ed il caso dell'erede ignoto c'è un punto di contatto, che può trarre in inganno e cioè che tanto nell'uno quanto nell'altro s'ignora se una persona esista e dove esista; ma c'è pure una differenza enorme che non bisogna trascurare. Quando si ha l'assenza, si ha ignoranza intorno all'esistenza di una determinata persona, invece quando la ignoranza cade, non sull'esistenza d'una determinata persona, ma sull'esistenza di una qualsiasi persona che abbia la qualità d'erede, e quindi di tutti quelli che avrebbero diritto ad essere eredi si ha il caso di giacenza d'eredità previsto dal codice. In altre parole, la legge dicendo esservi eredità giacente, se l'erede è ignoto, non si riferisce a questo a quell'altro erede individualmente specificato, ma si riferisce a tutto il complesso degli eredi, cioè la eredità è giacente quando non si sa chi sia l'erede, e non già quando s'ignora se tale o tal altro erede esista o pur no. Quindi il caso più ovvio di erede ignoto non s'avvera nell'ipotesi di successione testamen=

taria dove la persona dell'erede è determinata, ma in quella della successione legittima. Uno muore, ma non si sa se abbia lasciato figli, discendenti collaterali o parenti entro il decimo grado; ecco che qui abbiamo il caso dell'erede ignoto, in quanto non si sa quale persona sia chiamata all'eredità, non si sa se ci sia un erede. Quindi solo quando tutti gli eredi legittimi uniti al defunto col vincolo di parentela siano ignoti, solo allora l'eredità è giacente. Si potrebbe obbiettare giustamente; ma c'è sempre lo Stato. Però, rispondo, è evidente che la legge in quest'articolo ha voluto limitare il concetto di erede soltanto all'erede del sangue. Perchè, siccome lo Stato succede *post omnes* ed in mancanza di altri eredi, la legge ha voluto prescindere dall'esistenza dello Stato; altrimenti l'istituto dell'eredità giacente non avrebbe avuto ragione di esistere. E ciò ha fatto usando la parola erede in un senso storico; infatti storicamente sappiamo che erede tanto pel Diritto romano, quanto pel diritto consuetudinario francese non è mai lo Stato; se questo aveva diritto all'eredità, in mancanza di eredi ciò avveniva perchè tutti i beni vacanti erano attribuiti al fisco. È netta dunque la distinzione tra il caso dell'assenza ed il caso in cui l'erede sia ignoto. Nel caso dell'assenza si applica l'art° 43, perchè se è assente uno, c'è un altro, se s'ignora che esistono i figli o i nipoti ex filio, vi sono i fratelli, se s'ignora se vi siano i fratelli, vi sono i parenti in terzo, in quarto, in quinto, fino al decimo grado: non sapendo cioè se un

parente più prossimo esista o no, si deve considerare chiamata all'eredità la persona di grado più remoto. Invece, quando nessuna persona compresa nelle categorie dei successibili sia nota nel luogo del domicilio del defunto per ignoranza invincibile coi mezzi comuni, allora l'eredità si considera giacente.

2° Caso: quando gli eredi testamentarî o legittimi abbiano rinunziato. Anche questo caso apparentemente chiaro presenta delle difficoltà. L'erede testamentario ha rinunziato; significa perciò che si fa luogo all'eredità giacente? L'erede legittimo, poniamo il figlio, che è il primo chiamato rinunzia, sarà dunque giacente l'eredità?

Molti scrittori francesi hanno ritenuto che basti la rinun[illegible] di uno, perchè non ci sia più bisogno d'indagare se ci siano altri eredi, ed aspettare la rinunzia di costoro. Invece il concetto della legge è diverso; tutti gli eredi debbono avere rinunziato, perchè si possa dar luogo all'eredità giacente, inquantochè secondo i principî del nostro sistema successorio, avviene che anche quando il primo chiamato rinunzia, il diritto ereditario si considera passato ipso jure e direttamente dal defunto a colui che viene chiamato in luogo del rinunziante; perchè uno degli effetti della rinunzia è quello di far considerare il rinunziante come non mai chiamato all'eredità. Perciò se il primo chiamato ha rinunziato, non si può dire che l'eredità sia giacente; solo quando tutte le persone che hanno diritto all'eredità vi abbiano rinunziato, solo allora vi è giacenza

dell'eredità. Però, notate, non bisogna spingere le cose all'eccesso. Alcuni hanno sostenuto che è necessaria la rinunzia non solo di tutti gli eredi del sangue, cioè di tutti gli eredi legittimi e testamentarii, ma è necessaria anche quella dello Stato perchè l'eredità possa dirsi giacente. Quest'opinione ci sembra erronea, principalmente perchè mancherebbe l'elemento caratteristico della *giacenza*, cioè l'incertezza intorno alla persona dell'erede che pure in realtà non manca; ma si avrebbe mancanza effettiva di erede, e certezza di tale mancanza. Perciò bisogna qui adottare lo stesso criterio seguito nel primo caso. Infatti in questo la legge considera l'eredità come giacente, quando l'erede non sia noto, intendendo per eredi tutti tranne lo Stato; così dunque anche nel secondo caso fatto dalla legge, che cioè tutti gli eredi abbiano rinunziato, ragion vuole che nella parola eredi non si debba comprendere lo Stato. Non è necessario perciò aspettare la rinunzia dello Stato per aversi l'eredità giacente; basta che abbiano rinunziato tutti gli altri che avrebbero o per testamento o per legge diritto alla successione. Ma si dirà: per aspettare che tutti gli eredi fino ai parenti in decimo grado rinunziino occorre un lunghissimo tempo. Un limite naturale c'è. Supponiamo che abbiano rinunziato i figli, i nipoti, i fratelli e tutti gli eredi che si conoscono, non c'è bisogno d'aspettare anche il rifiuto degli altri eredi possibili ed eventuali fino al decimo grado, se non si conoscono. Quando hanno rifiutato tutti gli eredi no-

ti, ancorchè compresi soltanto nel primo ordine successorio, non c'è bisogno d'aspettare quelli dell'ultima categoria, ove questi siano ignoti, perchè allora si rientra nel primo caso previsto dalla legge, in quanto ci si trova di fronte ad eredi ignoti.

Questi sono i casi previsti dalla legge. Oltre questi casi ce ne possono essere altri? Sebbene gli autori in generale sostengono di no, attenendosi alla lettera della legge senza penetrarne lo spirito, io seguendo il Filomusi, credo di sì; perchè, come vedremo, vi sono altri casi nel codice nostro in cui, se non si parla di eredità giacente, si sottopone l'eredità allo stesso regime di amministrazione al quale si sottopone nei due casi precedenti. Anzi la legge dice espressamente rispetto a questi altri casi che l'amministratore dell'eredità ha gli stessi diritti e gli stessi obblighi del curatore dell'eredità giacente (art° 861). Che differenza passa tra la condizione dell'eredità in questi casi e la condizione chiamata giacenza in quelli indicati nell'art° 980? La differenza è nominale, non reale, dacchè il codice sottopone l'eredità allo stesso regime, dà al curatore gli stessi diritti e doveri che nei casi da esso esplicitamente considerati di eredità giacente. Perciò quale difficoltà scientifica o pratica potremmo avere a comprendere quegli altri casi sotto l'unico concetto di eredità giacente, tanto più che qualcuno di essi somiglia al caso tipico del Diritto romano, ed era da questo esplicitamente considerato? Perchè nel Diritto romano oltre al

caso ordinario d' eredità non accettata, si aveva eredità giacente, anche quando uno fosse istituito erede sotto condizione, prima che si avverasse la condizione, oppure quando uno concepito e non ancora nato fosse istituito erede. Ora di questi casi appunto si occupa il codice negli art.i 857, e 860 capoverso; ai quali aggiunge anche il caso che sia istituita erede nel testamento una persona non nata, nè concepita al tempo della morte del testatore, ma che sia figlio immediato di una persona vivente in questo tempo (art° 860, in principio.) A questi casi poi se ne può aggiungere ancora un quarto, che abbiamo studiato a suo tempo, cioè che venga istituita erede una persona giuridica che non abbia ancora avuto riconoscimento dalla legge. Se si considera come eredità giacente quella che si ha nei casi indicati dall' art° 980 e d' altra parte si verificano in questi altri casi le stesse esigenze di fatto, che nei primi, a tanto maggior ragione, si deve dire che si sia anche qui eredità giacente. E dico, a tanto maggior ragione, perchè nei casi contemplati dall' art° 980, obbiettivamente, realmente il soggetto dei beni ereditarii ci è; se non c'è una persona fisica, c'è lo Stato; invece in questi altri casi ora ricordati non esiste nemmeno obbiettivamente il soggetto fisico dei beni ereditarii; perchè l' erede istituito sotto condizione non è ancora erede non avendo attualmente la possibilità di acquistare l' eredità; il non concepito o colui che è concepito ma non nato, non avendo personalità, non hanno diritto alcuno, come pu=

re la persona giuridica non riconosciuta è agli occhi della legge come non esistente.

Ecco la necessità pratica di regolare l'eredità nel periodo transitorio che corre tra l'apertura della successione ed il momento in cui l'istituito erede sia nella possibilità d'accettare. Sebbene, dunque la legge disciplini separatamente questi casi, pure essi si possono comprendere nel concetto generale d'eredità giacente.

Visti così i casi in cui ha luogo l'eredità giacente, vediamo l'indole giuridica di questo istituto. La questione è delle più disputate fin dai tempi antichi. Nei frammenti romani si trovano tre opinioni che non si possono conciliare tra loro, non ostante gli erculei sforzi fatti dai romanisti giacchè le contraddizioni si spiegano solo ricorrendo alla storia di quei frammenti. In alcuni d'essi si trova detto che i beni dell'eredità giacenti sono bona nullius; in altri si trova detto che l'eredità giacente è considerata come una persona, e quindi parrebbe che fosse una persona giuridica, infatti l'eredità giacente vien chiamata domina bonorum e si dice che personae vice fungitur. Però in altri frammenti questa personalità giuridica è in certo modo attenuata; l'eredità giacente si considera non una vera persona giuridica per sè stante, ma come una persona che rappresenta un'altra. E questa stessa rappresentanza alcune volte è riferita all'erede (haeredis personam gerit), molte volte è riferita al defunto (defuncti non haere-

dis personam gerit). Infine in altri luoghi è detto che l'accettazione dell'eredità ha sempre effetto retroattivo, dimodochè il diritto dell'erede si ricollega immediatamente al diritto del defunto come se non ci fosse stato il periodo intermedio di giacenza dell'eredità. Ora quest'ultimo principio viene a distruggere il concetto di eredità giacente, come persona giuridica, perchè questo concetto è inconciliabile colla retroattività dell'accettazione. Se nel tempo intermedio tra l'apertura e l'accettazione dell'eredità esistesse una persona giuridica, quale sarebbe l'eredità giacente. l'erede si dovrebbe considerare come successore di questa persona giuridica, non già come successore del defunto; non si potrebbe sopprimere idealmente la personalità di quest'ente nel tempo intermedio. La spiegazione di tale varietà è che si tratta di opinioni che ebbero vigore in tempi diversi. Vi fu un tempo assai remoto e primitivo in cui l'eredità giacente era considerata come cosa di nessuno; i beni erano res *nullius* e così si spiega che il furto dei beni ereditarî non era considerato tale. Ma si capì ben presto che questo sistema era poco consono alle civili esigenze e si ricorse all'espediente di considerare l'eredità come rappresentante del vero titolare del patrimonio. Pare che dapprima si pensasse a riguardare l'eredità come rappresentante del defunto, ma poi finì col prevalere il concetto che i rapporti patrimoniali, i quali si svolgono durante lo stato di giacenza, mettano capo al futuro erede; ep-

però l'eredità venne considerata come rappresentante il futuro erede. Ciò si conbilierebbe col principio della retroattività dell'accettazione. Simili risultati possono affermarsi con relativa sicurezza rispetto al diritto classico. Ma quanto al dritto Giustinianeo sembra assai difficile si possa negare la funzione della persona giuridica. Anzi si ritiene, in seguito all'esame dei testi, che fu Triboniano ad interpolare varii frammenti dei giureconsulti, il che spiegherebbe come trovansi manifestate opinioni opposte dallo stesso giureconsulto.
Tutte le frasi che nelle fonti alludono alla persona giuridica sarebbero di fattura giustinianea, e così si spiegherebbe la l. 22 dig. 46, 1, in cui è innegabile la equiparazione dell'hereditas jacens ad altre persone giuridiche, come il Municipium, la decuria e la societas(1)
Nel diritto nostro risorge la questione: vi sono alcuni autori che hanno voluto sostenere che l'eredità giacente, abbia personalità giuridica; altri invece sono ricorsi al concetto che possono esistere diritti senza soggetti, ed altri infine hanno creduto più giustamente, che l'eredità giacente non sia persona giuridica, nè che ci sia bisogno di ricorrere al concetto di diritti senza soggetti, ma che si possa spiegare la cosa facilmente concependo l'eredità non come persona, ma come massa di beni di cui ha cura la persona chiamata perciò curatore, che rappresenta un'altra persona che esiste o esisterà.

(1) Cfr. Di Marzo negli Studii in onore di Scialoia, vol II pag 53

Questa opinione è la sola vera. L'eredità giacente non è persona giuridica; e ciò si deve ammettere da noi a maggior ragione che nel Diritto romano. In questo c'è qualche ragione di tale credenza, perchè nel tempo intermedio tra l'apertura e l'accettazione della successione, nessuno è il soggetto dei beni ereditari, quindi la necessità di fingere un soggetto e di creare la persona giuridica. Ma nel diritto nostro, invece abbiamo visto come i casi tipici indicati nell'art° 980, sono casi che presuppongono non la mancanza obbiettiva d'un soggetto, ma solo l'incertezza subbiettiva, cioè l'ignoranza intorno all'erede: un erede c'è sempre, e se anche non fosse erede una persona fisica, siccome lo Stato esiste sempre, un erede si avrebbe sempre nello Stato. Siccome nel diritto nostro l'eredità si trasmette ipso jure dal defunto all'erede, chiunque egli sia, non si può dire che nel frattempo non ci sia stato erede; quindi è inutile praticamente e teoricamente assurdo fingere altro soggetto diverso dall'erede, quando questo esiste sempre. Oltre questa ragione speciale, vi è una ragione d'indole generale. Per avere una persona giuridica ci vogliono diversi elementi. Si richiede anzitutto un'organizzazione di patrimonio per un interesse collettivo qualsiasi; non dico sociale o pubblico. Qui invece non abbiamo un interesse collettivo; i beni ereditarii debbono essere conservati, ed amministrati nell'interesse di colui che dev'essere l'erede. Manca ancora l'al=

tro elemento, cioè il riconoscimento formale. La legge in nessun luogo ha considerato l'eredità giacente come persona giuridica, e non la fa funzionare come tale; invece vediamo che il curatore può considerarsi benissimo, non già come rappresentante di un ente morale, ma come rappresentante di una persona fisica. In mancanza, perciò di ragioni speciali e generali, dobbiamo respingere nel diritto nostro il concetto della persona giuridica, appunto perchè oltre il principio della retroattività dell'accettazione, il quale contraddice all'idea della persona giuridica, c'è l'altro più importante per noi, della trasmissione ipso jure dell'eredità dal defunto all'erede, prima che abbia luogo l'accettazione; il quale principio esclude necessariamente il concetto della personalità giuridica. Si può ricorrere all'idea di un diritto senza soggetto? S'è detto che non è necessario che per l'esistenza d'un diritto vi sia un soggetto. In generale però il diritto è un'attività, una potestà; l'attività, la potestà presuppongono il soggetto attivo, che possa agire, quindi concepire un diritto senza un individuo o un ente che ne sia soggetto, è una contraddizione in termini. Ma se questo è vero assolutamente parlando è però possibile concepire il diritto in uno stato transitorio, che non abbia soggetto attualmente, ma che possa averlo. In questo caso il diritto non esiste come potestà morale, ma piuttosto come stato di fatto. Ma, secondo il sistema del nostro codice, non c'è nemmeno bisogno di ricorrere a

questo concetto, almeno nei casi tipici dell'art° 980, perchè anche allora il soggetto v'è, come abbiamo detto. Perciò non ci resta che accogliere la teoria che si adatta a tutti i casi, cioè l'eredità giacente sia un patrimonio, non un soggetto di diritti, il quale ha un'amministrazione autonoma, esercitata da una persona fisica che si chiama curatore, in rappresentanza di un'altra persona. Ma qual'è quest'altra persona? È il defunto, è l'erede? Alcuni, tra cui il Pacifici Mazzoni, dicono che il curatore rappresenta l'eredità. Notate che lo stesso Pacifici Mazzoni esclude l'idea della personalità giuridica, e perciò così pensando si contraddice; perchè se l'eredità fosse persona giuridica, comprenderei che il curatore si dovesse considerare come rappresentante dell'eredità; ma dal momento che l'eredità giacente non è persona giuridica, il curatore non può rappresentare l'eredità. Quest'idea dunque è da scartarsi senz'altro. Rappresenta il defunto? Questa è l'opinione dominante nella dottrina e nella giurisprudenza, ed è fondata su molti passi delle fonti del Diritto romano, da cui appare che anche presso i giureconsulti romani l'idea dominante era che il curatore dell'eredità giacente rappresentasse il defunto. Però, secondo noi, questo concetto è contraddetto dai principii generali sulla rappresentanza. La rappresentanza suppone l'esistenza di due persone, una che agisce in nome di un'altra, e l'altra nel cui interesse la prima agisce. Ora il curatore è senza dubbio una persona esistente, ma

il defunto è una persona? No: o si ammetta la teoria materialistica, che dopo la morte non esista più nulla e allora è strano parlare di rappresentanza; oppure si ammette la teoria dell' immortalità dell' anima ed allora nemmeno si può parlare di rappresentanza perchè lo spirito immortale sciolto dai lacci del corpo può dire: « il mio regno non è di questo mondo». Poichè la sua attività si svolge in un campo ultra sensibile, e non può più avere quegl' interessi alla cui tutela il Diritto intende. Perciò non potendosi sostenere che il curatore sia rappresentante del defunto, non ci resta che affermare il curatore essere rappresentante dell' erede. Perchè o questo erede esiste realmente ed attualmente, come nei casi previsti dal codice, e solo se ne ignora l' esistenza; o dovrà esistere in avvenire, come nel caso di concepito e non ancora nato; di persona non ancora concepita, di persona giuridica non ancora riconosciuta; tanto negli uni che negli altri casi il curatore rappresenta sempre l' erede.

Ciò posto, non si può sostenere che il curatore rappresenti anche gl' interessi dei creditori ereditarî, i diritti di costoro dipendono dal diritto del debitore; la rappresentanza che il curatore esercita nell' interesse dell' erede, viene in certo modo, e solo in via indiretta a giovare ai creditori ereditarî. L' istituto dell' eredità giacente è diretto unicamente a conservare ed amministrare il patrimonio ereditario, non pu=

re a liquidarlo, come alcuni hanno affermato non avendo il curatore facoltà di pagare direttamente i creditori col danaro che trova nel compendio ereditario o che ricava dalle rendite, giacchè egli è sempre tenuto a depositarlo, e d'altra parte i creditori possono sempre agire sui singoli beni ereditarî con separata azione. Perciò l'eredità giacente è un patrimonio autonomo, amministrato da un curatore in rappresentanza dell'erede; non è persona giuridica per sè stante, nè un patrimonio in liquidazione, come nella procedura di fallimento.

Lezione XVIª

Sommario

Il curatore dell'eredità giacente - Nomina di esso - Sua figura giuridica - Suo ufficio: obblighi: atti che può compiere - Responsabilità - Efficacia degli atti da lui compiuti - Cessazione dall'ufficio - Il curatore illegale

Nella passata lezione studiammo il concetto dell'eredità giacente. Essa si può considerare come un patrimonio autonomo, amministrato da un curatore, che rappresenta l'erede. Ora vediamo le norme che regolano l'amministrazione. Chi deve nominare il curatore? L'art° 981 dice che il curatore è nominato dal Pretore del Mandamento in cui s'è aperta la successione e il decreto deve pubblicarsi nel foglio degli annunzî legali della Provincia. Questa nomina del curatore può essere fatta sull'istanza di qualsiasi interessato, creditori, legatarî, se ve ne sono, ed anche secondo alcuni sull'istanza del Pubblico Ministero, perchè è interesse generale che i beni non vadano perduti e che siano conservati, ed anche d'ufficio.

Si fa questione, se abbia diritto di nominare il curatore dell'eredità giacente lo stesso testatore, in previsione che gli eredi tutti rinunzino. È valida o no questa nomina? Alcuni hanno sostenuto che essa non è valida, perchè la legge deferisce la nomina al Pretore del Mandamento in cui si è aperta la successione.

Questa non è una buona ragione, perchè la legge prevede l'ipotesi ordinaria in cui il testatore non abbia provveduto; ma se v'avesse provveduto, non v'è ragione in contrario per ritenere che la nomina non sia valida. Il testatore, meglio degli altri interessati, può provvedere ai suoi beni, può sapere quali persone hanno la sua completa fiducia e possano meglio amministrare i beni ereditarî, perchè adunque questa nomina dovrebbe ritenersi nulla? Perciò noi riteniamo che, sebbene la legge conferisca al Pretore del Mandamento in cui s'è aperta la successione la nomina del curatore, questa possa farsi dal testatore, ove egli preveda il caso della rinunzia di tutti gli eredi.

I casi però in cui il curatore viene nominato dal Pretore sono quelli preveduti nell'art° 980 C.C. cioè quando l'erede non sia noto, oppure quando tutti gli eredi legittimi e testamentarî abbiano rinunziato. Ma noi abbiamo detto che oltre questi casi di eredità giacente, se ne sono degli altri nei quali la legge a rigore non parla di eredità giacente, ma sottopone l'eredità alla stessa amministrazione del curatore, come quando ha luogo l'eredità giacente. E perciò abbiamo conchiuso che questi altri casi, si possono senza difficoltà considerare come casi di eredità giacente. Tali casi si verificano quando uno è istituito erede sotto condizione sospensiva, prima dell'avverarsi della condizione; quando s'è istituito erede uno non nato ma concepito; quando s'è istituito erede uno nem=

meno concepito, e finalmente quando s'è istituita una persona giuridica non ancora riconosciuta. Ma in questi casi, sebbene l'amministrazione dell'eredità debba essere deferita a un curatore, è la legge stessa che provvede a designare chi debba essere. Ecco ciò che si dispone negli art.i 858 e 859 C.C.

Nel caso che alcuno è istituito erede sotto condizione sospensiva, prima che la condizione si avveri la legge designa la persona che deve essere curatore, partendo dal criterio del maggiore interesse.
Chi ha maggiore interesse a curare l'eredità giacente in questo caso? Bisogna distinguere due ipotesi: se con l'erede istituito sotto condizione sono istituiti altri eredi senza condizione, e col diritto all'accrescimento, è evidente che maggiormente interessati nell'amministrazione della quota ereditaria spettante all'erede sotto condizione, sono i coeredi a vantaggio dei quali si è il diritto all'accrescimento: e perciò l'art° 858 dispone che l'amministrazione dell'eredità sarà affidata al coerede od ai coeredi istituiti senza condizione, quando tra essi e l'erede condizionale, possa avere luogo il diritto d'accrescimento. Nella ipotesi poi che non ci sia diritto ad accrescimento l'erede sottoposto a condizione e gli altri coeredi, maggiormente interessato all'amministrazione dei beni ereditarî è chi ha diritto alla quota in mancanza dell'erede, o ch'egli rinunzî, o che non si avveri la condizione, e tale è l'erede legittimo. Quindi l'erede

legittimo più prossimo è il curatore di diritto.
Veniamo ora al caso che alcuno abbia istituito erede uno che non sia nato ma sia concepito, oppure uno che non sia ancora concepito. (Art° 860 C.C.)
Se alcuno sia istituito erede senza nemmeno essere concepito, allora si applica lo stesso criterio posto pel caso di uno istituito erede sotto condizione sospensiva, perchè la istituzione di uno non ancora concepito si può paragonare all'istituzione condizionale. Istituisco eredi i figli di mio fratello non ancora ammogliato. Questa istituzione equivale evidentemente ad una istituzione condizionale, cioè a quella che si avrebbe dicendo: istituisco eredi i figli di mio fratello se si sposerá ed avrà dei figli. Quindi se gli eredi non ancora concepiti sono chiamati alla eredità insieme ad altre persone, con diritti di accrescimento, l'amministrazione della quota d'eredità giacente spetterà a queste persone; ma se non vi sono coeredi od i coeredi non hanno il diritto d'accrescimento, allora saranno gli eredi legittimi più prossimi che avranno il diritto ad essere curatori (art° 860).

Diversamente però è regolato il caso in cui sia istituito alcuno che sia concepito al tempo della morte del testatore, sebbene non sia ancora nato. Il concepito ha un rappresentante naturale; è principio generale che il genitore che esercita la patria potestà rappresenta non sol i figli nati, ma

anche i nascituri, cioè i semplicemente concepiti (articº 224). Perciò in questo caso la legge deferisce la cura dell' eredità giacente al padre, ed in mancanza alla madre, cioè al genitore che esercita la patria potestà (artº 860 capov.)

Il codice nostro però non prevede il caso che alcuno abbia istituito erede una persona giuridica non ancora riconosciuta. Chi sarà allora il curatore dell' eredità giacente? Noi crediamo che in questo caso l' amministrazione spetti alla Congregazione di Carità, perchè la legge sulle Opere Pie (1) impone alla Congregazione di Carità l' obbligo di prendere tutti gli opportuni provvedimenti per la conservazione dei beni destinati agli enti non ancora riconosciuti, e di provocare il decreto per il riconoscimento. In base a questa disposizione si può dire che ad essa spetta la cura dell' eredità giacente.

Ciò premesso, sorge la questione: la legge stabilisce qual' è il curatore di diritto dell' eredità giacente nei casi enunciati. Ma si può ammettere la nomina di un curatore diverso da quello indicato dalla legge? L' autorità giudiziaria può, avuto riguardo a certe circostanze speciali di fatto, nominare un curatore diverso? La questione è molto dibattuta. Alcuni dicono che non si può nominare un curatore diverso dalle persone indicate in quegli articoli, perchè la volontà della legge deve prevalere

(1) Legge 17 luglio 1890, art. 84

su la volontà del magistrato. Altri pensano diversamente e dicono che la legge ha previsto l'ipotesi normale, che le persone indicate diano affidamento di interessarsi per davvero. Ma se nel fatto queste persone siano negligenti, e non curano l'eredità giacente; perchè l'autorità giudiziaria non dovrebbe sostituirsi con altre persone? Noi accogliamo una terza opinione che è intermedia. Bisogna distinguere caso da caso. Nei casi d'istituzione condizionale o d'istituzione di uno non ancora concepito, la legge stabilisce sì quale dev'essere il curatore, ma basandosi sul presupposto che il curatore da essa designato sia la persona maggiormente interessata; quindi ove il fatto contraddica la previsione della legge, non si può impedire al magistrato di provvedere più efficacemente all'eredità giacente; l'affidamento che fa la legge su certe persone non crea a favore di queste un vero e proprio diritto. Infatti il codice a tale proposito usa le parole: « l'amministrazione sarà affidata.....». Invece nel caso in cui sia istituito uno concepito ma non nato, la legge usa un'altra locuzione; non dice l'amministrazione verrà affidata, (perciò, occorre, si noti, un decreto del magistrato che attui il precetto astratto della legge) ma dice: « l'amministrazione spetterà al padre ed in mancanza alla madre », e così attribuisce al padre o alla madre un vero diritto indipendentemente da qualsiasi decreto di magistrato. È un diritto vero e proprio che ha il padre e la madre, di

amministrare l'eredità destinata al figlio nascituro, perchè il padre e la madre per principio generale di legge rappresentano non solo i figli nati, ma i figli nascituri. Perciò, solo nel caso del figlio nascituro, l'amministrazione necessariamente spetterà al padre o alla madre. Negli altri casi invece, se il magistrato non trova conveniente affidare la cura alle persone indicate dalla legge, può sostituirle con altre persone. L'art° 859 riconosce espressamente tale facoltà al giudice nell'ipotesi che l'erede condizionale non abbia coeredi, o non vi sia accrescimento. Or non ci sarebbe ragione per negare tale facoltà quando l'erede condizionale avesse dei coeredi o si facesse luogo all'accrescimento.

Nasce a questo luogo un'altra questione: quale magistrato potrà nominare il curatore in luogo di quelli designati dalla legge? Abbiamo visto che nei casi tipici dell'eredità giacente, il magistrato competente è il Pretore. Ora si può dire anche che negli altri casi sia il Pretore abilitato a nominare il curatore? No. L'attribuzione del Pretore di procedere a tale nomina costituisce un atto di giurisdizione volontaria di sua speciale competenza, ma quando si tratta di casi che la legge non considera espressamente come casi di eredità giacente, e di cui tratta a parte, come quelli di cui ci siamo occupati e s'impegna necessariamente una contestazione sulla convenienza di nominare un curatore

di fiducia in luogo di quello chiamato dalla legge, trattasi allora di procedimento contenzioso e dobbiamo ritornare alla regola generale, cioè essendo la nomina del curatore materia di valore indeterminato, ed indeterminabile, la nomina spetterà al Tribunale.
Qual'è la figura giuridica del curatore? Alcuni autori sostengono che il curatore designato dalla legge o nominato dal magistrato rivesta la figura di mandatario legale. Questo concetto è inesatto, come si può intendere dalle cose che ho detto tante volte; perchè il mandatario è uno che ha ricevuto un incarico; è una persona la quale ha accettato una proposta, è un contraente qualsiasi; ma quando non s'è contratto di sorta, non si può ricorrere all'idea del mandatario. Se gli autori ricorrono a quest'idea, ciò fanno in base al concetto inesatto che hanno della rappresentanza. La rappresentanza è un istituto giuridico che non si confonde punto col mandato; il mandato può importare rappresentanza, ma non la importa necessariamente, inquantochè la rappresentanza consiste nel potere agire in nome e luogo altrui, cosicchè i diritti e le obbligazioni in cui incorre il rappresentante sono diritti ed obbligazioni che stanno a favore e a carico del rappresentato: invece nel mandato è possibile che il mandatario agisca per conto altrui, ma in nome proprio; ed allora i diritti acquistati dal mandatario non sono ipso jure acquistati dal mandante; nè le obbligazio=

ni assunte dal mandatario, sono a carico del mandante. Inoltre abbiamo anche molti casi di rappresentanza che non dipendono dal mandato. Così per esempio: un socio può amministrare l'azienda sociale senza mandato degli altri soci, ed egli è il rappresentante di costoro. Il commesso del negozio è rappresentante della ditta preponente, eppure base di questa rappresentanza si trova in un contratto di locazione d'opera. Abbiamo infine dei casi di rappresentanza che provengono dalla legge, come nel caso della tutela. Perciò non bisogna confondere il concetto di mandatario con quello di rappresentante: e quindi non tutte le regole che si trovano nel codice rispetto al mandatario riguardano il curatore dell'eredità giacente. Al curatore, come a qualsiasi rappresentante in generale, possono applicarsi solo quelle regole scritte sotto il titolo del mandato, che concernono il mandatario nella sua qualità di rappresentante, le altre no. Così mentre l'ufficio del mandatario è per se stesso gratuito, non si può dire lo stesso per il curatore dell eredità giacente; la gratuità è effetto specifico del contratto di mandato, ma non è comune a tutti i casi di rappresentanza; quindi sebbene il curatore sia un rappresentante, quella disposizione speciale al contratto di mandato, cioè la gratuità dell'ufficio, non gli si applica. Il curatore, perciò, è rappresentante ex lege dell'erede.

Vediamo quali sono i doveri di questo rappresentante. Anzitutto, come prescrive il codice di procedura

civile all' art° 897, deve prestare giuramento di custodi=re fedelmente i beni ereditarî, di amministrarli e con=servarli da buon padre di famiglia e rendere conto del=l'amministrazione ogni volta che ne sia richiesto[1] Di qui si scorge facilmente come l' ufficio del curatore dell' eredità giacente consiste principalmente nella conser=vazione e nell' amministrazione dei beni ereditarî. A que=sto ufficio sono naturalmente connesse delle obbligazioni. Il codice dice che le obbligazioni del curatore dell'e=redità giacente circa l'inventario, il modo d' ammi=nistrazione e la resa dei conti, sono quelle stesse che gravano sull' erede col beneficio dell' inventario (art° 983). Però, non bisogna prendere questa equiparazione nel senso stretto, perchè si cadrebbe in errore. Il codice e=quipara il curatore dell' eredità giacente all' erede bene=ficiario in quanto al modo dell' amministrazione, non in quanto alla posizione giuridica, perchè l' ere=de col beneficio dell' inventario, pur avendo l' obbligo del=l'amministrazione, è sempre erede, proprietario; e non si può dire semplice amministratore. La conseguen=za è che se l'erede col beneficio d' inventario eccede il limite della semplice amministrazione, i suoi at=ti non sono nulli, perchè sono atti compiuti da un proprietario, e solo egli perde il beneficio dell' in=ventario; invece se il curatore dell' eredità giacente ecce=de il limite della semplice amministrazione, i suoi

(1) Questo giuramento ha efficacia solo morale, giacchè non da esso, ma dalla legge derivano gli obblighi di custodire ecc; ed avendo carattere provvis=sorio, non è neppure soggetto alle Sanzioni del Codice penale.

atti sono nulli perchè egli non è proprietario.
Tra le obbligazioni che si connettono all' ufficio del curatore v' è anzitutto quella di fare l' inventario. Appena fatto l' inventario, prescrive il codice di procedura civile all' art° 852, deve far vendere i beni mobili. La legge a questo proposito segue lo stesso criterio seguito per il tutore; anche il tutore è obbligato a fare vendere i beni mobili, perchè si considera che i beni mobili hanno bisogno di spesa per la conservazione, mentre sono cose infruttifere e soggette a facile deperimento. L' obbligo però del curatore dell' eredità giacente di vendere i beni mobili, nella pratica subisce delle eccezioni. Supponiamo che vi siano beni mobili di gran valore, o che coll' andar del tempo acquistano maggior pregio, come statue antiche, quadri, libri o beni, che per la loro conservazione non richiedono delle spese; deve il curatore vendere questi beni? La legge veramente non fa eccezioni, però crediamo che in simili casi il curatore non sia obbligato a vendere perchè con la vendita si otterrebbe lo scopo diametralmente opposto a quello che si propose il legislatore, che è d' avvantaggiare gl' interessi dell' eredità. Ove però il curatore creda opportuno non vendere i beni mobili, dovrà domandarne l' autorizzazione al magistrato, per esonerarsi da ogni responsabilità. Il curatore può vendere anche i beni immobili, quando sia necessario; però occorre l' autorizzazione giudiziaria.

Un altro obbligo importante del curatore dell' eredità

giacente è quello di depositare il denaro che si trovas= se nell'eredità, e il prezzo ricavato dalla vendita dei beni mobili ed immobili presso la Cassa di Depositi e Prestiti (art° 982), perchè queste somme depositate siano fruttifere e non si abbia il pericolo che siano consu= mate o disperse dal curatore. Simile obbligo non ammet= te eccezioni; il curatore non può dire: io negoziando su queste somme, potrei guadagnare all'eredità il 5%, mentre la Cassa Depositi e Prestiti dà il 2 ½ %; la legge ciò non consente, il curatore ha imprescindi= bilmente l'obbligo del deposito. Ma deve depositare an= che ciò che ricava dal pagamento di fitti, di reddi= ti, ecc? La legge tace al riguardo, e perciò non possia= mo obbligare il curatore a fare deposito, di queste som= me, anche per la ragione che il curatore dovendo fare le spese di conservazione e di custodia, potrà servirsi delle somme ricavate da fitti, senza essere costretto a domandare di volta in volta lo svincolo del= le somme occorrenti.

D'altra parte, anche negando l'obbligo del deposito di queste somme, non manca ogni garenzia per gl'interessati, perchè il curatore può essere chiamato in qualunque tempo a render conto delle rendi= te percepite.

Oltre di questo, deve rappresentare in giudizio l'ere= dità sia come attore che come convenuto, e fare tut= ti gli atti di amministrazione necessarî per la cu= stodia e la conservazione della cosa (art° 982). Però

se può affittare i beni immobili e fare tutti quegli atti che rientrano nel concetto della semplice amministrazione, non può compiere delle locazioni ultra novennali, perchè per esse è necessaria una capacità eccedente la semplice amministrazione. Che deve dirsi della riscossione di capitoli? Questa questione è molto agitata in giurisprudenza. Se un debitore ereditario paga il proprio debito nelle mani del curatore dell'eredità giacente, pagherà bene o pagherà male? Il codice non dice nulla. Alcuni pensano: giacchè il codice tace si può benissimo pagare nelle mani del curatore, ed essere liberati dall'obbligazione; altri sostengono il contrario, ed hanno ragione, perchè il principio generale che il codice applica in diversi casi è che l'esazione dei capitali è un atto che eccede la semplice amministrazione. Il debitore ereditario allora può ritenersi che abbia pagato validamente nelle mani del curatore, quando costui abbia avuto l'autorizzazione giudiziale, in mancanza di questa il debitore farà meglio ad astenersi dal pagare il debito ereditario.

Però, se il curatore dell'eredità giacente non può fare atti eccedenti la semplice amministrazione, ci sono alcuni atti che la legge dichiara espressamente che può fare, anzi che deve fare coll'autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Uno di questi atti è la transazione. Il curatore, come l'erede col beneficio dell'inventario, può fare transazioni,

col permesso del Pretore o del Tribunale, secondo il valore della transazione (artº 801 proc. civ.) Ma può accettare un'eredità, può rinunziarvi, può procedere a divisione? Supponiamo se il defunto sia morto senz'accettare, nè rinunziare un'eredità a lui devoluta. Il diritto d'accettare o di rinunziare si trasmette all'erede, com'è noto. Ma nel caso che l'eredità sia giacente, il curatore può sostituirsi all'erede ed accettare o rinunziare all'eredità? Alcuni dicono che non può accettare, nè rinunziare, perchè verrebbe a compromettere i diritti dell'erede. Altrimenti, quando l'erede si manifesta, potrebbe trovare accettata un'eredità che a lui sembra onerosa e che non avrebbe accettata, oppure ripudiata un'eredità che avrebbe accettata. Siccome i poteri del curatore, dicono costoro, sono limitati all'amministrazione, e invece gli atti della rinunzia o dell'accettazione dell'eredità eccedono la semplice amministrazione, così questi non possono essere compiuti dal curatore. Però altri oppongono: tutto questo è vero, ma d'altra parte è interesse generale, e principalmente degli altri eredi, i quali dovrebbero succedere in luogo del rinunziante, sapere quanto prima se un'eredità devoluta e non accettata, sia accettata o ripudiata: le cose non possono stare in sospeso fino a che si scopra l'erede; quindi il curatore può benissimo accettare o rinunziare, tanto più che in applicazione dell'artº 951 può essere convenuto in giu=

dirio per decidersi entro il termine che fisserà il magistrato, se intende accettare o rinunziare. Questa opinione ci sembra più giusta. Il curatore può accettare o rinunziare; ma non da sè solo; deve chiedere l'autorizzazione del magistrato. Quando ha ottenuto l'autorizzazione, non compie un atto eccedente i suoi poteri, e l'erede deve subire le conseguenze dell'atto compiuto dal curatore. Lo stesso dicasi per la divisione. Occorre fare necessariamente la divisione quando uno degl'interessati la richieda, nè il curatore può rifiutarsi a prendervi parte; quindi il curatore può compiere l'atto di divisione, sempre però coll'autorizzazione del magistrato.
Finalmente ultimo obbligo del curatore dell'eredità giacente è il rendiconto finale. Finita la gestione deve rendere conto all'erede: e anche deve rendere conto agl'interessati ogni qualvolta ne sia richiesto. È vero che il codice civile (artº 982) parla di rendiconto finale, ma il codice di procedura civile (artº 897) parla di rendiconto ogni qualvolta ne è richiesto, cioè anche durante la gestione.
Visti gli obblighi, vediamo qual'è la responsabilità del curatore. Risponderà, secondo i principii generali, anche della colpa lieve. A questo proposito è da notare che la equiparazione che fa il codice dell'erede col beneficio dell'inventario al curatore dell'eredità giacente, non giova per far ritenere che il curatore risponda solo della

colpa grave. L'erede col beneficio dell'inventario risponde solo della colpa grave, di quella colpa cioè che presuppone una negligenza massima; tale eccezione è giustificata dal fatto ch'egli è sempre proprietario, e non semplice amministratore, mentre il principio generale è che ogni persona tenuta ad adempiere un'obbligazione deve rispondere della colpa lieve, cioè dell'omissione di quella diligenza che suole usare un buon padre di famiglia. Perciò al curatore dell'eredità giacente va applicato la regola, non la disposizione eccezionale, perchè ne manca il fondamento, essendo il curatore un semplice amministratore, e non anche un proprietario, come l'erede beneficiato. Su ciò gli autori sono d'accordo, dato anche il testo dell'art° 897 proc. civ. che richiede il giuramento di amministrare da buon padre di famiglia.

Passiamo ora a studiare l'efficacia degli atti compiuti dal curatore dell'eredità giacente.

Abbiamo visto che il curatore può compiere tutti gli atti che non eccedono la semplice amministrazione, e anche gli atti eccedenti, qualora sia autorizzato dall'autorità giudiziaria. Quando l'erede si fa conoscere e finisce lo stato di giacenza dell'eredità, gli atti compiuti dal curatore obbligano anche l'erede? L'erede deve rispettare gli atti del curatore, oppure può invocare il principio res interalios acta, tertio neque prodest neque nocet? Evidentemente l'erede non può disconoscere la efficacia degli atti compiuti dal curatore in base al principio generale, che gli atti compiuti

dal rappresentante importano giovamento o danno al rappresentato; gli atti compiuti dal rappresentante si considerano come compiuti dal rappresentato stesso, perchè il rappresentante non fa altro che sostituirsi alla volontà; all' attività del rappresentato. Quindi le obbligazioni in cui è incorso il curatore sono obbligazioni che debbono essere adempiute dall' erede; purchè gli atti siano fatti nei limiti della semplice amministrazione e nelle forme volute dalla legge, deve rispettarli. Così pure debbono rispettarli i creditori ereditarî, perchè questi non hanno un diritto maggiore del loro debitore, non hanno un diritto proprio, ma un diritto dipendente, e subordinato a quello del loro autore. Perciò se l' erede deve rispettare gli atti compiuti dal curatore dell' eredità, a maggior ragione debbono rispettarli i creditori ereditarî. Lo stesso ha luogo anche per le sentenze che siano state pronunciate contro il curatore dell' eredità giacente. Il curatore è obbligato dalla legge a sostenere dei giudizii a favore dell' eredità, a rispondere alle azioni intentate contro l' eredità: supponiamo che il curatore costretto a sostenere un giudizio abbia avuto una sentenza contraria agl' interessi dell' eredità questa sentenza avrà efficacia contro l' erede e contro i creditori ereditarî. Nè vale il principio: res interalios, ecc perchè l' erede non è un terzo, invece è la stessa persona del curatore, in quanto è da costui rappresentato. E tanto meno possono invocare quel principio i creditori ereditarî, perchè costoro, come abbiamo det

to, non hanno un diritto per sè stante, seguono la stessa sorte del debitore e come il loro debitore deve sopportare le conseguenze della sentenza pronunziata contro il curatore, così debbono sopportarle i creditori ereditarii. In un solo caso la sentenza pronunziata contro il curatore non si estende all'erede. Qual'è questo caso? Supponiamo che il curatore dell'eredità giacente sia chiamato in giudizio da uno che si pretende erede. Il magistrato dà ragione a questo preteso erede e condanna il curatore a rendere conto e a lasciare l'amministrazione. Un bel giorno spunta il vero erede e dimostra che quello che ottenne la sentenza contro il curatore non era erede. La sentenza pronunziata contro il curatore nuoce al vero erede? No, perchè in questo caso il curatore è una persona che non aveva la potestà di contraddire legittamente a chi si presentò in giudizio; giacchè i limiti dell'amministrazione del curatore, non comprendono il diritto d'impugnare la qualità d'erede. Dal momento che l'erede appare ed il magistrato lo dice vero erede, il curatore non può dimostrare il contrario, perchè egli in tanto ha diritto ad amministrare l'eredità in quanto non si sia l'erede. Non avendo il diritto ad impugnare la qualità di erede, non essendo legittimo contraddittore nel giudizio di petizione d'eredità, la sentenza pronunziata contro di lui potrà avere solo l'effetto di far cessare l'amministrazione, ma non quello di nuocere al vero erede; perchè le sentenze possono produrre efficacia, contro le

persone non intervenute in giudizio, solo se la persona contendente in giudizio avesse il potere di contraddire legittimamente l'attore

L'ufficio di curatore può cessare per diverse cause, cause subbiettive e cause obbiettive - 1°) Le cause obbiettive sono facili a determinare; il curatore cessa quando si conosce chi sia l'erede; quando l'erede istituito sotto condizione o il nascituro venga all'esistenza nella possibilità di accettare l'eredità; e quando sia liquidato tutto il patrimonio ereditario, dopo il pagamento dei debiti - 2°) Il curatore cessa dal suo ufficio per ragioni subbiettive, quando sia morto o per incapacità sopravvenuta, perchè dichiarato interdetto, inabilitato, fallito, cessa per revoca che il magistrato possa fare in seguito ad abusi. In questi casi finisce non già l'eredità giacente, ma l'ufficio del curatore e costui può essere sostituito da un'altra persona. In tutti questi casi si deve rendere il conto finale.

Un'ultima questione. Abbiamo supposto che il curatore sia stato nominato legalmente, nei casi previsti dalla legge; ma supponiamo che si nomini un curatore d'eredità giacente, mentre in realtà non si verifica il caso previsto dalla legge. Tizio ha rinunziato all'eredità, e gl'interessati fanno dichiarare giacente tale eredità, mentre vi sono altri eredi. Abbiamo visto che allora un'eredità può dirsi giacente, quando tutti gli eredi noti abbiano rinunziato. Ora nel caso supposto un solo erede ha rinunziato, gli al-

tri no, perciò la giacenza dell'eredità non sussiste e quindi il curatore è nominato illegalmente. Supponiamo ora che questo compia degli atti d'amministrazione o di disposizione coll'autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Quando l'erede vero reclama contro questa giacenza di eredità e dimostra che l'eredità non era giacente, in quanto esisteva egli, e non aveva rinunziato, deve o no rispettare gli atti compiuti dal curatore illegalmente nominato? I diritti che i terzi, siano conduttori o compratori hanno acquistato contrattando in buona fede ed a titolo oneroso (1) col curatore dell'eredità giacente, debbono essere rispettati oppure debbono essere posti nel nulla, come derivati da una persona che non aveva il diritto di trasmetterli?

Vi sono due opinioni: alcuni dicono che bisogna applicare il principio dell'art° 933 cod. civ. in cui è disposto che quando l'erede apparente compie degli atti con terzi, a titolo oneroso, ed i terzi siano in buona fede ossia ignorino che quella persona sia un falso erede, gli atti compiuti con l'erede apparente debbono essere rispettati. Altri dicono di no; la disposizione dell'art° 933 è eccezionale, perchè contrasta al principio generale per cui chi non ha un diritto non può trasmetterlo in altri; quindi non può applicarsi che nel caso tassativamen=

(1) Diciamo a titolo oneroso, perchè non è probabile che il curatore compia atti a titolo gratuito, con le debite autorizzazioni.

te indicato dal codice. Noi diremo che hanno ragione gli autori che seguono la prima opinione, però la motivazione ci sembra erronea. Non si deve dire che l'art° 933 si può estendere al caso analogo del curatore illegale, giacchè l'analogia non è permessa nelle disposizioni eccezionali. Ed in ciò hanno ragione i seguaci della seconda opinione. Noi crediamo invece che il caso in quistione non è analogo, ma identico a quello dell'erede apparente. Perchè l'illegale curatore dell'eredità giacente chi rappresenta? Rappresenta un erede imaginario, un erede falso, uno che non ha diritto Ora se tutto ciò che si applica al rappresentante si deve estendere al rappresentato, se gli atti compiuti col rappresentante hanno la stessa efficacia che se fossero compiuti col rappresentato; ne segue evidentemente, che alla stessa guisa che sarebbero salvi i diritti acquistati dai terzi contraenti con l'erede falso, così anche dovranno essere salvi i diritti acquistati dai terzi, che han contrattato non con un erede falso, ma col suo rappresentante qual'è un illegale curatore. Ecco come l'art° 933 si applica benissimo in questo caso senza spostare i termini della legge: tanto vale contrattare coll'erede apparente, quanto vale contrattare col rappresentante dell'erede apparente. Ora il curatore illegale è rappresentante di un erede apparente, inquantochè la giacenza dell'eredità non poteva aver luogo perchè

c'era il vero erede, del resto si potrebbe venire allo stesso risultato anche per un'altra via, fatta la nomina del curatore dal Pretore, e pubblicata nelle debite forme, si ha una rappresentanza istituita per legge e per decreto di magistrato che non può cessare se non venga revocata in virtù di sentenza che dichiari la mancanza dei presupposti legali per la costituzione di tale rappresentanza. Ora è principio generale del diritto che gli atti compiuti in buona fede dai terzi col rappresentante che ha cessato di esser tale, quando egli ignori la causa di tale cessazione (arg. art. 1762).

Lezione XVII^a

Sommario

Effetti dell'acquisto dell'eredità A) Rispetto all'erede stesso - Diritti che non si trasmettono - Diritti pubblici - Titoli onorifici e diritto di patronato. Diritti e azioni di stato - Usufrutto, uso; diritti agli alimenti - Diritti derivanti dal mandato e dalla società - Actiones vindictam spirantes - Diritti condizionali derivanti da testamento -

Oggi dobbiamo incominciare a discorrere degli effetti dell'acquisto dell'eredità.

Quest'argomento si divide in tre parti: 1°) Effetti dell'acquisto dell'eredità rispetto allo stesso erede; 2°) Effetti dell'acquisto dell'eredità rispetto ai terzi: cioè diritti dell'erede verso i terzi, ed obblighi dell'erede verso i terzi; 3°) Effetti dell'acquisto dell'eredità nei rapporti tra i varî coeredi.

Incominciamo a parlare degli effetti dell'acquisto dell'eredità rispetto all'erede stesso, rispetto cioè alla condizione che viene ad avere l'erede dopo avere con l'accettazione acquistata l'eredità.

Gli effetti dell'acquisto dell'eredità rispetto all'erede stesso si possono riassumere in una breve proposizione: l'erede sottentra in tutti

i rapporti patrimoniali appartenenti al defunto, quindi diventa titolare di tutti i diritti e soggetto passivo di tutte le obbligazioni che il defunto aveva. Però questo concetto espresso in modo sintetico, bisogna analizzarlo. Ma per fare l'analisi certo non occorrerà enumerare uno per uno i possibili diritti che l'erede acquista, nè una per una le obbligazioni varie in cui l'erede incorre. Sarà invece molto più opportuno indicare l'eccezioni a questo principio.

Quali diritti non si trasmettono all'erede? Anzitutto i diritti pubblici; i diritti che derivano dal jus publicum non fanno parte dell'eredità. Quindi sebbene anche in diritto pubblico si parli talvolta di successione, pure non è la successione ereditaria di cui ci occupiamo; è successione in senso lato, cioè il sottentrare di un soggetto ad un altro soggetto in una determinata condizione giuridica, ma non è successione ereditaria. Così vediamo il nostro Statuto detto che la monarchia è ereditaria; ma si trasmette forse il diritto di essere sovrano, secondo le regole del codice civile? Il diritto d'essere si può considerare come contenuto dell'eredità? No, sarebbe un grossolano errore creder questo, perchè il re può benissimo non istituire erede suo figlio primogenito, perchè il re non è obbligato ad osservare le disposizioni del codice civile in materia di suc-

cessione (1) e quindi non è obbligato a lasciare la legittima ai discendenti. Posto che il re diseredasse il figlio primogenito, significa che perciò questi non avrebbe diritto di succedere al trono? Tale sarebbe la necessaria conseguenza della diseredazione qualora il diritto di sovranità fosse compreso nel patrimonio ereditario. Ma ciò non è perchè il diritto al trono passa da primogenito in primogenito, prescindendo dalla qualità di erede del defunto. Dunque è evidente che la successione di cui qui si parla, è una successione di tutt'altra specie. Come diritto di sovranità non si può considerare parte del compendio ereditario, così non si possono considerare tutti gli altri diritti pubblici in generale, tutte le cariche pubbliche, le quali costituiscono dei diritti intrasmissibili per se stessi.

Hanno un prevalente carattere pubblico anche altri diritti che sotto un certo punto di vista, si potrebbero considerare come privati, e questi sono i titoli onorifici o nobiliari, come per esempio i titoli di conte, duca, marchese, principe; ecc;. Questi diritti si trasmettono; però si trasmettono secondo le regole del codice civile? Secondo le regole del codice civile si dovrebbero trasmettere se fossero diritti contenuti nella haereditas, in quanto che la eredità essendo un u-

(1) Art. 20 dello Statuto

niversum jus, come si trasmettono gli altri diritti si dovrebbero trasmettere i titoli onorifici. Invece nei titoli onorifici è prevalente il carattere di diritto pubblico, perchè essi si considerano come concessioni del potere sovrano; infatti il nostro Statuto stesso nell'art. 70 considera i titoli onorifici come concessioni del re. Dunque non essendo diritti di carattere meramente privato, ma avendo un carattere prevalentemente pubblico, essi non possono considerarsi come facenti parte della hacreditas, e la loro trasmissione è regolata da regole diverse da quelle del codice civile. E questo, notate, è pacifico nella giurisprudenza, la quale ritiene senza alcuna esitazione, che i titoli nobiliari si trasmettono da una persona all'altra, non secondo le regole del codice civile, ma secondo norme speciali. Abbiamo dei casi in cui i titoli nobiliari si trasmettono per fidecommesso da primogenito a primogenito, da linea maschile a linea maschile o altrimenti secondo i vari casi. È forse erronea questa giurisprudenza? No, non è erronea in base ai principii generali, perchè essendo i titoli nobiliari dei diritti pubblici, non possono considerarsi come formanti parte dell'hacreditas, la quale ha carattere di diritto privato. In secondo luogo ci sono disposizioni speciali di legge (1) che autorizzano la giurisprudenza a pensare in tal modo. Il decreto del

(1) Cf. art. 79 dello Statuto; art. 3 della legge 2 agosto 1806 che aboliva la feudalità nel napoletano e art. 7 del Capitolo I della legge 1812 per la Sicilia.

15 Luglio 1896, approvando il regolamento della consulta araldica (1) dispone che i titoli nobiliari antichi debbano seguire nella trasmissione le regole stabilite nella concessioni speciali o le leggi che vigevano al tempo della concessione. Quindi per vedere come si trasmettono i titoli nobiliari, bisogna fare uno studio storico caso per caso. Anzitutto bisogna vedere le speciali concessioni; se nelle concessioni furono stabiliti i successori, quelli cioè che potevano portare i titoli in caso di morte del primo concessionario, allora i titoli si trasmetteranno alle persone ivi indicate: nel caso che la concessione non dica nulla, allora bisogna vedere quale era la legge vigente al tempo della concessione in quel determinato luogo ove la concessione avvenne. Così nella Sicilia vi saranno delle regole speciali e diverse da quelle che vi sono nel Lombardo Veneto per es. e via dicendo. Ecco dunque come non si possono applicare in mancanza di speciali norme le disposizioni generali del codice civile perchè queste non riguardano quella materia, che si è di diritto pubblico, ma riguardano le materie di diritto privato soltanto, senza che così vi sia contraddizione tra la successione speciale per i titoli onorifici regolata da norme sue proprie e la successione di diritto civile.

Quindi la conseguenza è che non può essere erede di tutto il patrimonio di un signore titolato e può non ave-

(1) Come è noto vi è un registro in cui sono annotati i titoli nobiliari ed è tenuto dalla Consulta araldica. Questa però ha una funzione amministrativa soltanto per dare pareri ed avvisi al Re, ma sull'appartenenza o meno di un titolo nobiliare sono competenti a giudicare solo i tribunali civili.

re il diritto a portare il titolo, perchè per speciali circostanze esso potrà spettare a persona nella quale non vi sia la qualità d'erede. Molte volte ancora l'erede può essere il successore pure nel titolo nobiliare, ma ciò avviene non perchè è erede, ma per circostanze di fatto che fanno riunire nella stessa persona le due qualità: ma il titolo nobiliare per se stesso non fa parte dell'eredità.

E come per i titoli nobiliari, così bisogna dire anche del diritto di patronato di cui parla la legge canonica. Sapete che il diritto canonico, ammette un diritto speciale, il diritto di patronato, il quale importa partecipazione alla giurisdizione ecclesiastica in favore di persona che per sè stessa non avrebbe tale giurisdizione, in quanto consiste nel diritto di nominare e presentare l'officiale ecclesiastico. Ora questo diritto, evidentemente è un diritto pubblico ecclesiastico subbiettivo, in quantochè ha per suo presupposto, non già le norme di diritto privato, ma una concessione fatta dall'autorità ecclesiastica; ed importando partecipazione al potere pubblico ecclesiastico; e non è punto un diritto privato. Non essendo un diritto privato, è evidente la conseguenza che non può essere regolato nella trasmissione dai principî del codice civile, non fa parte della *haereditas*. Perciò la giurisprudenza ha ritenuto che, come i titoli nobiliari debbono seguire le regole delle concessioni od in mancanza le regole di legge vigente al tempo della concessione, lo stesso deve dirsi per il diritto di patronato; cioè il diritto di patronato non si trasmette come tutti gli altri diritti secondo il codice civile, ma secondo le concessioni speciali o secondo i

principi generali del diritto canonico. Questa giurisprudenza è pacifica; è combattuta solo dal prof. Scaduto, il quale parte dal concetto falso, che così il diritto di patronato, come i titoli onorifici, debbono essere considerati come formanti parte del patrimonio ereditario, e debbono seguire perciò le regole della successione stabilite nel codice civile.

Dal contenuto dell'haereditas vengono esclusi altri diritti che per se stessi non sarebbero pubblici ma privati. I diritti di stato, i diritti di famiglia, non si trasmettono. I rapporti di marito e moglie, padre e figli sono rapporti personali che presuppongono l'esistenza di determinate persone fisiche e quindi sono intrasmissibili, come intrasmissibili sono le azioni di stato nonostante che possano produrre efficacia patrimoniale. Quali sono le azioni di stato? Sono tutte quelle azioni che tendono ad impugnare un matrimonio, o che riguardano la filiazione legittima (come quelle che consistono in reclamo di stato di figlio legittimo, o in contestazione di stato di figlio legittimo); o la filiazione naturale, (come ricerca della paternità o maternità, e impugnativa di un riconoscimento già compiuto). Ora queste azioni si trasmettono o no agli eredi? Ordinariamente la legge enumera le persone che hanno diritto di esperimentare queste azioni. Qualche volta in questa enumerazione sono indicate non solo le persone principalmente interessate, ma anche gli interessati in sottordine, come avviene quando il matrimonio è affetto di nullità che la legge dichiara assoluta, perchè la legge dispone che non solo possono impugnarlo gli sposi, gli ascendenti, il pub-

blico Ministero, ma chiunque abbia interesse legittimo ed attuale. Ora in questa categoria di persone che hanno interesse legittimo ed attuale si comprendono senza dubbio gli eredi; ma gli eredi in questi casi esercitano la azione di stato *jure proprio, non jure transmisso*. Dunque qui non abbiamo trasmissione, ma abbiamo esercizio dell'azione di stato per diritto proprio. Vi sono altri casi in cui non si concepisce così largamente l'esercizio dell'azione, il quale invece è limitato a certe determinate persone, o che si tratti di azione riguardante il matrimonio, o di azione riguardante la filiazione. Nasce allora la quistione: queste azioni si trasmettono o no colla eredità? Se le azioni di stato avessero soltanto lo scopo di impugnare o dichiarare lo stato di una persona, senza derivarne conseguenze patrimoniali, la risposta sarebbe facile nel senso che esse non sarebbero trasmissibili, essendo d'interesse meramente personale. Invece dallo esercizio di un'azione di stato possono derivare e derivano importantissimi effetti patrimoniali, ed è perciò che si fa la questione. La quale è stata risoluta variamente dagli autori. Alcuni hanno sostenuto la assoluta intrasmissibilità; altri la assoluta trasmissibilità, altri hanno seguito una via intermedia ed hanno detto: se le azioni di stato, che la legge dichiara non potersi esercitare che da determinate persone, sono state da queste promosse, prima della morte esse si trasmettono: ma se durante la vita di colui che aveva diritto di sperimentarle non s'è iniziato giudizio, allora non si trasmettono. Ora l'opinione di quelli che dicono che queste azioni si trasmettono sempre è erronea; perchè è vero che le azioni di stato possono produrre effetti patri

moniali, ma lo scopo principale è uno scopo d'interesse morale, d'interesse personale, che quindi suppone la esistenza di quelle persone che la legge dichiara principalmente interessate. Invece l'opinione che ha avuto ed ha ancora maggior credito, è l'intermedia, che cioè le azioni di stato in mancanza di disposizioni speciali di legge si trasmettono agli eredi solo se sono state promosse durante la vita di chi ne aveva diritto, e ciò in base al famoso principio del Diritto romano, che le azioni le quali per se stesse dovrebbero estinguersi colla morte di una persona, introdotte in giudizio, si trasmettono. «*Actiones quae morte vel tempore pereunt, semel inclusae in judicio, salvae permanent*» Ora noi non possiamo accogliere questa opinione perchè nel Diritto nostro è priva del fondamento che ha nel Diritto romano. Il principio romano testè enunciato era corollario di un altro principio che cioè colla contestazione della lite avvenisse una novazione onde l'azione che in origine aveva carattere personale, dopo la contestazione perdeva questo carattere, e quindi diventava trasmissibile come tutte le azioni in genere. Sicchè se il principio romano era una conseguenza del sistema procedurale, per ammetterlo anche oggi si dovrebbe dimostrare che esso trova lo stesso fondamento nella legge nostra. Ora questo appunto manca, perchè per il diritto nostro la contestazione della lite non importa alcuna novazione, quindi le azioni anche dopo iniziato il giudizio rimangono quali erano in origine. Ciò posto, se le azioni di stato per se stesse sono tali che non si possono esercitare che da certe persone, ancorchè da queste persone siano state promosse durante la loro vita, restano sempre personali, e quindi intrasmissibili; per-

chè l'introduzione del giudizio non ha nessuna efficacia novativa. Vi sono dei casi in cui la legge stessa ha dichiarato che le azioni di stato si trasmettono agli eredi; ma queste stesse disposizioni appunto perchè relative a certi determinati casi ci fanno apparire chiaramente come trattasi d'eccezioni; perchè se si trattasse di principio generale, non vi sarebbe stato bisogno di dichiarazione espressa per alcuni casi singoli soltanto, e per altri no. Uno di questi casi è contemplato nell'art° 167 C.C. Dal quale si vede però come non sia stato adottato il principio romano in tutto il suo rigore; perchè non solo si trasmette l'azione di disconoscimento del figlio agli eredi, quando il giudizio è stato già iniziato dal padre, ma anche quando il padre sia morto in un certo tempo senza avere promossa l'azione. Un altro caso è quello contemplato dall'art° 178: non solo quando l'azione di reclamo di stato fu promossa dal figlio, può essere continuata dagli eredi; ma anche quando non fu addirittura promossa, perche il figlio morì prima di un certo tempo, il giudizio può essere iniziato dagli eredi. In base a considerazioni speciali la legge ha voluto fare eccezione al principio generale della intrasmissibilità in questi casi eccezionali. Perciò il principio romano non essendo fondato su ragioni d'ordine generale nel sistema del Diritto nostro, nè essendo stato riprodotto come regola dalla legge nostra, non può applicarsi nei casi in cui la legge tace. Anche quando gli eredi abbiano interesse patrimoniale a sperimentare un'azione di stato, non possono farlo se la legge espressamente non li abilita; nel patrimonio da loro ereditato per successione non si contiene il diritto d'esperimentare l'azione di stato.

Oltre le azioni di stato che sono intrasmissibili per loro natura, in quanto sono azioni eminentemente personali, ci sono alcuni diritti patrimoniali che come tali si potrebbero trasmettere, ma che non si trasmettano per ragioni particolari. Tale è il diritto di usufrutto. La intrasmissibilità dell'usufrutto non è limitata al caso in cui l'usufrutto è stabilito per la vita di una persona, il che si capisce facilmente da sè, ma ancora quando siasi stabilito un termine, e prima di questo l'usufruttuario muoia. Supponiamo il caso che io abbia concesso ad una persona qualsiasi l'usufrutto per 50 anni ed abbia anche ricevuto un corrispettivo adeguato al godimento per 50 anni. Se l'usufruttuario muore anche un anno dopo la concessione dell'usufrutto, questo non si trasmette agli eredi. Perciò la costituzione d'usufrutto anche onerosa ha sempre carattere aleatorio; talchè quando si fanno simili contratti a titolo oneroso, sia pure per un tempo certo e determinato, bisogna sempre tenere conto della probabilità di vita della persona che deve godere l'usufrutto, per determinare il corrispettivo, altrimenti l'usufruttuario potrebbe compiere un cattivo affare. La ragione poi dell'intrasmissibilità dell'usufrutto è principalmente storica. Pare che nell'antico Diritto romano lo usufrutto fosse sorto come modo di somministrare gli alimenti ad una determinata persona. Siccome gli alimenti per loro natura hanno carattere personale perchè sono proporzionati ai bisogni di un determinato individuo, così non si può concepire la possibilità di trasmissione del diritto agli alimenti, e quindi per la stessa ragione non si

ammise la possibilità di trasmissione del diritto d'usufrutto. Questo concetto è rimasto per la forza della tradizione nelle legislazioni attuali.

Come l'usufrutto così l'uso e l'abitazione che sono diritti reali patrimoniali non si trasmettono agli eredi. Anche il diritto agli elementi come si può capire facilmente è per sua natura intrasmissibile. Se alcuno ha diritto agli alimenti per legge, per convenzione, per sentenza verso un'altra persona, morto ch'egli sia, non trasmette questo diritto agli eredi. Invero, il diritto agli alimenti è commisurato ai bisogni di una persona, e siccome i bisogni variano da individuo a individuo, il diritto agli alimenti non può trasmettersi senza alterarsi. Ancora, notate, le servitù prediali che per se stesse sono trasmissibili, perchè perpetue, possono diventare intrasmissibili se tale fu la volontà delle parti. Nel Diritto romano ciò non era possibile, ma secondo il diritto odierno la servitù è solo naturalmente perpetua, onde se si è convenuta una servitù prediale temporanea o limitata alla vita d'un proprietario il patto sarà valido.

Altri diritti che non si trasmettono derivano dalla speciale natura del contratto da cui discendono. Tale è il diritto del mandante all'esecuzione del mandato. Quando s'è conchiuso un contratto di mandato, il mandato ha il diritto di vedere eseguito il mandato con diligenza di buon padre

di famiglia. Ma se il mandante sia morto; il mandato continuerà a sussistere in favore degli eredi del mandante? No; uno dei casi in cui s'estingue il mandato, previsto dalla legge è appunto la morte del mandante (art° 1757). Perciò il diritto del mandante di vedere eseguito il mandato non si trasmette agli eredi. Così avviene ancora per il contratto di società. Se muore un socio, gli eredi del socio, non hanno diritto di continuare la società cogli altri soci: la morte del socio è un modo di scioglimento della società, tranne che vi sia il patto di continuare la società agli eredi dei soci (art° 1732 C.C.). E ciò, perchè tanto il mandato che la società sono contratti conchiusi intuitu personae, che hanno per base un rapporto di fiducia, e quindi carattere personale; morta la persona in riguardo alla quale è stato assunto il mandato, costituisca la società, gli eredi non hanno diritto a continuare il mandato o la società.

Un' altra categoria di diritti che non si trasmettono, molto ampia nel Diritto romano, oggi limitata ad un solo caso, è costituita dalle *actiones vindictam spirantes*. Nel Diritto romano oltre le azioni che avevano per iscopo il conseguimento d'un diritto patrimoniale e quindi trasmissibili agli eredi, ci erano le azioni vindictam spirantes, il cui risultato pratico era il conseguimento di una somma di denaro, ma lo scopo era la riparazione di un' offesa.

Perciò i romani tenendo conto dello scopo di queste azioni, le dichiararono intrasmissibili, sicchè se la persona che aveva ricevuto l'offesa non avesse creduto d'intentare l'azione, non potevano intentarla gli eredi. Di queste azioni un solo caso è rimasto nel diritto nostro: e questo è il caso di revoca di donazione per ingratitudine. Per principio generale la donazione è irrevocabile; ma vi sono due casi in cui può revocarsi: la sopravvenienza di figli e per ingratitudine che s'avvera quando il donatario commette certi atti determinati dalla legge, che sono ingiuria, offesa grave per il donante. Quest'azione nel Diritto romano era una delle azioni vindictam spirantes, ed aveva per iscopo di punire il donatario e quindi soltanto l'offeso poteva esercitarla, non già i suoi eredi. Tale principio è stato accolto sebbene in parte nel diritto nostro come si può vedere dall'art° 1082, che fa eccezione alla regola dell'intrasmissibilità, solo nel caso che l'azione sia stata promossa dallo stesso donante, o egli sia morto dentro l'anno del fatto che dà diritto alla revoca. Mentre il donante può agire entro l'anno dal fatto o dal giorno in cui ha potuto averne notizia, gli eredi non possono agire che entro l'anno dal fatto. Come si vede quindi la trasmissibilità dell'azione viene notevolmente limitata anche dal lato attivo.

Fuor di questo caso non si può nel nostro diritto parlare d'intrasmissibilità di azioni vindictam

spirantes. Il Cod. penale nell' art° 400 dice espressamente che possono querelarsi e chiedere pertanto il risarcimento dei danni nei casi d' ingiuria e di diffamazione gli eredi immediati del defunto, oltre i parenti, se la parte offesa muoia prima di aver dato querela (1)

Oltre, questi diritti patrimoniali v'è un' altra categoria di diritti che in certi casi si trasmettono, in certi altri no; si trasmettono se derivano da atti tra vivi, non si trasmettono quando derivano da atti causa mortis: questi sono i diritti condizionali. Un diritto sottoposto a condizione non è un diritto acquisito; nè d'altra parte si può dire una semplice speranza; è un diritto in sospeso. Ora i diritti condizionali si trasmettono se hanno per causa un atto tra vivi: Fo una donazione a Tizio, si navis ex Asia venerit; il donatario muore prima che la nave venga dall' Asia; ma dopo la sua morte la nave viene, ossia si verifica la condizione. Gli eredi del donatario hanno diritto ad avere i beni donati? Si, inquantochè il diritto che apparteneva al loro autore, sebbene condizionale, era un diritto entrato a far parte del patrimonio. Invece se istituisco erede o legatario Tizio, sotto la condizione si navis ex Asia venerit, e questi muoia prima che s' avveri la condizione sospensiva agli eredi di lui non passa il diritto d' accettare l'eredità o il legato, ancorchè la condizione s' avveri. Dun-

(1) Anche più generale al riguardo è la disposizione del nuovo Codice di Proc. Penale, art. 7

sto risulta dall'art° 1170, che parla di diritti condizionali derivanti da atti tra vivi, e dall'art° 853 in cui parla di disposizione testamentaria sotto condizione. Quale è la ragione di questa differenza? Per molti autori la ragione della differenza è questa che nel testamento si ha riguardo a una data persona, in cui favore è la liberalità; onde, se la condizione si avvera dopo la sua morte, far trasmettere il diritto all'erede sarebbe violare la volontà del testatore che non volle beneficare se non una data persona esclusivamente. Il ragionamento però non regge. Se la legge avesse adottato il principio della trasmissibilità dei diritti condizionali solo per gli atti a titolo oneroso, e della intrasmissibilità degli stessi diritti per atti a titolo gratuito, donazione o testamento, la ragione addotta sarebbe più che sufficiente, inattaccabile. Ma, siccome applicando l'art° 1170 non solo i diritti condizionali derivanti da atti a titolo oneroso, ma anche i diritti condizionali derivanti da atti a titolo gratuito, quale la donazione, si trasmettono agli eredi, evidentemente quella ragione non soddisfa perchè l'intuitus personae come c'è nel testamento, c'è anche nella donazione. Quale è dunque la vera ragione? È ragione del tutto storica, non già d'ordine razionale. Io riferirò ciò che dice il Fadda, a proposito del Diritto romano, in cui si incontra la stessa contraddizione. Nel Diritto romano la eredità deferita e non accettata non si poteva trasmettere agli eredi, onde a tanto maggior ragione non si poteva trasmettere l'eredità sottoposta a condizione. Il diritto

di accettare l'eredità essendo un diritto personale non poteva venire esercitato se non da chi era chiamato all'eredità. Onde se questi non l'avesse esercitato, o non l'avesse potuto esercitare per la pendenza della condizione, nulla gli eredi trovavano nel patrimonio del defunto rispetto all'eredità da costui non accettata, o non potuta accettare. Ciò si comprende senz'alcuna difficoltà riguardo all'istituzione d'erede. Ma rimane sempre la difficoltà rispetto al legato: però anche per questo la difficoltà sparisce, se si pensi che il Diritto romano estese, per quanto fu possibile, le norme concernenti l'eredità ai legati: quindi l'impossibilità di accettare un'eredità devoluta al defunto sotto condizione fu ritenuta anche pel legato condizionale. Però, questa spiegazione che ha valore per il diritto romano, non vale punto per il diritto nostro, perchè da questo è stato rimosso l'ostacolo che impediva la trasmissione dell'eredità sotto condizione. Dal momento che il diritto nostro ha una regola diametralmente contraria a quella romana; cioè che l'eredità non ancora accettata può trasmettersi agli eredi, logicamente derivava la conseguenza che anche l'eredità sottoposta a condizione si potesse trasmettere. Perchè che cosa è l'eredità non ancora accettata? L'eredità devoluta e non accettata è anch'essa affetta da una condizione legale, cioè che venga accettata. Se non ostante l'esistenza di questa condictio juris, l'eredità si trasmette agli eredi dell'erede, lo stesso dovrebbe verificarsi quando v'è una conditio hominis. A tanto maggior ragione poi si dove-

va ammettere la trasmissibilità dei legati sottoposti a condizione.

Dalle cose dette segue che la regola che i diritti condizionali derivanti da testamento non si trasmettono agli eredi, non è una regola di ordine assoluto, di carattere coattivo. Data la mancanza di fondamento razionale, data la disarmonia col sistema generale, possiamo ritenere ch'essa sia una regola la quale abbia efficacia solo in mancanza di contraria volontà delle parti. Benissimo il testatore può istituire alcuno nel testamento sotto condizione, e manifestare la volontà che ove si verifica la condizione i diritti si trasmettano agli eredi del beneficato.

Lezione XVIIIª

Sommario

Continuazione: diritti che non si trasmettono agli eredi – Diritto di sepolcro – Diritti che non sono ereditarii, sebbene presuppongano la morte di una persona = Obbligazioni che non si trasmettono agli eredi = La confusione dei patrimonii: conseguenze – Eccezione: beneficio d'inventario –

Fin'ora abbiamo parlato dei diritti patrimoniali che pur essendo tali non si trasmettono agli eredi. Però vi sono alcuni autori, come il Fadda, che dicono che si ha invece certi casi in cui si trasmettono agli eredi diritti d'indole non patrimoniale. Tali sarebbero i jura sepulcrorum, che per Diritto romano pur non essendo diritti patrimoniali si trasmettevano agli eredi. E ciò esatto. Non possiamo fare un esame approfondito dell'argomento: faremo soltanto un accenno.

Il diritto di essere seppellito in un luogo distinto, non si può dire diritto patrimoniale, è diritto di natura personale, sebbene abbia effetti indirettamente patrimoniali. Ma è un diritto trasmissibile per se stesso agli eredi? Se consultiamo le fonti romane e osserviamo ciò che avviene nella pratica della vita, troviamo che il diritto ad essere seppellito in un dato sepolcro o in un dato luogo non è per se stesso

trasmissibile agli eredi. Infatti basta ricordare che vi sono sepolcri di famiglia, sepolcri gentilizî, in cui ha diritto ad essere seppellito solo chi appartiene a quella determinata famiglia, a quella determinata gens, a chi porta un determinato cognome, a chi discende dalla linea maschile soltanto o anche dalla femminile, etc; secondo la volontà del fondatore del sepolcro. Ora l'esistenza stessa di questi sepolcri destinati solo alla famiglia o alla gens, ci dimostra come il diritto ad essere seppellito in un dato luogo non è ereditario perchè se fosse tale non si potrebbe trasmettere a tutti i parenti, a coloro che portano un determinato cognome, ma solo chi ha la qualità d'erede secondo le regole di Diritto civile. Il Fadda però dice: oltre i sepolcri di famiglia, ci sono quelli costrutti per sé e gli eredi. In questo caso abbiamo trasmissione ereditaria del diritto di sepolcro, sebbene esso non sia patrimoniale. A quest'osservazione si può rispondere che anche nel caso in cui il sepolcro sia ereditario, il diritto dell'erede d'essere seppellito in esso, non è un diritto veramente trasmesso; non è lo stesso diritto del defunto che trapassa all'erede; perchè se fosse lo stesso diritto del defunto, l'erede avrebbe un potere uguale a quello del defunto per estensione e per contenuto. Invece tanto i testi romani che la giurisprudenza nostra hanno ritenuto che gli eredi hanno il diritto di essere seppelliti in un determinato sepolcro, perchè così volle il fondatore, ma non hanno

il potere di trasferire in altri il proprio diritto, non possono fare seppellire in quel sepolcro i propri parenti, gli affini, quelli che hanno lo stesso cognome mentre questo diritto l'aveva il fondatore del sepolcro. È chiaro perciò che non è un diritto che si trasmette dal defunto all'erede, ma l'erede in tanto l'ha, in quanto fu chiamato nella primitiva fondazione. Questo diritto deriva piuttosto da atto tra vivi, anzichè da atto mortis causa; la qualità di erede costituisce solo la determinazione delle persone che hanno diritto ad essere seppellite in quel luogo, non è causa di acquisto del diritto stesso. Ecco come i jura sepulcrorum, che sono diritti non patrimoniali, non si può dire che costituiscano eccezione alla regola generale; avviene per i diritti di sepolcro quello che per i titoli onorifici per il diritto di patronato. Anche i titoli onorifici, il diritto di patronato possono appartenere all'erede, non in forza dei principî generali della successione, in quanto non formano contenuto dell'eredità; ma in forza della primitiva concessione o delle leggi speciali che vigevano al tempo in cui tali diritti sorsero. A maggior ragione, se non è un diritto ereditario quello di essere seppellito in un certo luogo, non è diritto dell'erede quello di decidere intorno all'inumazione o alla cremazione del cadavere del de cujus, o intorno al luogo ed al modo della sepoltura. La questione è sorta di

verse volte e tempo fa si è agitata rispetto alla salma di Felice Cavallotti, perchè si disputava tra gl' interessati se il cadavere debb' essere sepolto in un luogo o in un altro.
Si deve badare alla qualità di erede o no? Cioè, l'erede ha diritto in tale qualità a far seppellire il defunto in un modo piuttosto che in un altro, in un luogo piuttosto che in un altro? No, il diritto di disporre del proprio corpo, della propria sepoltura, è diritto personale di ciascun uomo, e questo diritto non si trasmette all' erede. Chi dunque è che può decidere intorno alla sorte del cadavere d' un defunto? Non gli eredi; ma colui il quale sia legato da vincoli di sangue col defunto. Se noi vediamo che in qualche caso è l'erede quello che decide intorno al modo di seppellire il defunto, questo non è un diritto ereditario, ma è un diritto proprio. Quindi trovandosi in contraddizione i parenti con gli eredi testamentari, chi dovrà avere la preferenza? Quelli legati dal vincolo del sangue; tra più persone legate col vincolo di sangue al defunto, deve avere la preferenza quello che è legato con vincolo più forte. Così han ritenuto il diritto canonico e la giurisprudenza nostra e così si risolvette la famosa questione intorno alla sepoltura di una donna maritata due volte, alla quale spettava il diritto di essere seppellita nel sepolcro gentilizio

dei rispettivi mariti. Avevano diritto di far seppel=
lire questa donna nel proprio sepolcro gentilizio gli
eredi del primo marito o invece il secondo mari=
to? La questione non potevasi decidere in base ai
principî ereditarî; non si poteva dire: bisogna vede=
re se questa donna è erede del primo marito oppur
no; ma bisognava assorgere al principio del diritto
di famiglia. Siccome il secondo marito è quello
che ebbe potestà sul corpo della donna dopo fi=
nito il diritto del primo marito, così egli ave=
va il diritto di disporre del cadavere di lei.

Un' altra questione celebre nella giurisprudenza
italiana fu quella, se la donna maritata dev' esse=
re collocata nel sepolcro del padre o nel sepolcro
del marito. Anche questa controversia non si pote=
va decidere in base ai principî del diritto eredi=
tario, perchè benissimo il padre poteva essere l' ere=
de universale della figlia maritata, ed il marito
non avere che la quota legittima di usufrutto
che gli dà la legge e che non conferisce la qua=
lità d' erede. Pure giustamente la Corte di Cassa=
zione di Napoli, ritenne che il diritto di sepol=
tura spettasse al marito anzichè al padre; perchè
per decidere intorno alla spettanza di questo dirit=
to non bisognava guardare alla qualità d' erede,
ma ai vincoli che legano il defunto col supersti=
te. Ora questi vincoli sono più forti rispetto al
marito che rispetto al padre." Mulier relinquet

patrem et matrem, et ad haerebit viro suo„ dice il Vangelo. Ecco come anche il diritto di sepolcro non è un diritto che si può considerare trasmissibi= le per eredità.

Ma se vi sono diritti patrimoniali che non si trasmettono agli eredi, vi sono però alcuni diritti che sorgono in occasione della morte di una persona e che a prima vista potrebbero ritenersi diritti eredita= rî, ma che pur nondimeno non sono tali. Quali sono? Addurrò degli esempî: Il diritto alla pensio= ne, il diritto ai lucri dotali, il diritto di avere da una compagnia di assicurazioni la somma as= sicurata dal defunto per contratto di assicurazione sulla vita. Esaminiamoli. Il diritto alla pensione nel= la vedova e nei figli di un impiegato dello stato, delle provincie o dei comuni, sorge alla morte dell'impiegato. Ma può dirsi essere questo un di= ritto ereditario? No, perchè questo diritto alla pen= sione ha una misura diversa di quella che avreb= be avuto il defunto se avesse continuato a vivere. Inoltre questo diritto alla pensione non spetta alla moglie od ai figli in quanto sono eredi, ma an= che se non sono tali. Ecco che sebbene sia un diritto che sorge solo in occasione della morte di una persona, pure non è diritto ereditario; perchè non ha per causa la morte del defunto, ma que= sta invece ne è soltanto l'occasione; è un dirit= to che deriva direttamente dalla legge e quin

di non è un diritto ereditario, trasmesso, ma un diritto proprio della vedova o dei figli. La conseguenza importante è che se il coniuge superstite od i figli rinunziano all'eredità del defunto; la rinunzia non nuoce al diritto alla pensione perchè questo non è compreso nell'eredità.

Un altro caso è quello dei lucri dotali. Nel contratto di matrimonio si può stabilire il patto speciale che il marito debba guadagnare un tanto sullo importare della dote e viceversa che la moglie debba avere un tanto sul patrimonio del marito (art° 1398 C.C.) Questo è il patto dei lucri dotali, impropriamente detto così, perchè si direbbe meglio patto dei lucri nuziali, in quanto obbietto del patto non sono soltanto i lucri che il marito fa sulla dote della moglie, ma possono essere anche i lucri della moglie sul patrimonio del marito. Questi lucri dotali suppongono la condizione della sopravvivenza del beneficato cioè essi si guadagnano dal marito o dalla moglie, solo ove il marito sopravvive alla moglie o viceversa. Sicchè quando avviene la morte dell'uno o dell'altro dei due coniugi si acquista il lucro dotale, che così è una donazione ante nuptias in previsione della premorienza di uno dei futuri coniugi. Apparentemente questo perciò potrebbe considerarsi come diritto successorio, perchè s'acquista alla morte di una persona; pure non è tale, in quanto la morte non fun-

zione che come condizione sospensiva e nel tempo stesso termine iniziale di acquisto; ma non è la causa dell'acquisto. La conseguenza pratica è: se il coniuge in cui favore fu stipulato il lucro dotale, rinunzia all'eredità dell'altro coniuge defunto non va perduto il lucro dotale. Tale diritto deriva non dalla successione, ma dalla convenzione matrimoniale; la morte è occasione dell'acquisto non causa.

Un altro caso più importante è quello dell'assicurazione sulla vita a favore di un terzo. Un padre di famiglia si assicura la vita e pattuisce con la compagnia di assicurazione che dopo un certo tempo, oppure alla sua morte (secondo le varie combinazioni) la compagnia pagherà la somma a un terzo, che potrebbe essere la moglie, il figlio primogenito, o i figli in generale. Questo è il contratto di assicurazione sulla vita in favore di un terzo. Quando muore l'assicurato, il terzo ha diritto di avere dalla compagnia la somma assicurata. Questo diritto è ereditario, oppure è un diritto proprio, e che deriva dal contratto stesso d'assicurazione? La questione è importantissima per sapere se la rinunzia all'eredità della persona indicata nel contratto importi perdita del diritto alla somma assicurata. Il nostro codice di commercio ha risoluto la questione disponendo che in caso di morte della

persona assicurata, il terzo indicato nel contrat=
to di assicurazione deve mettere in collazione i
premî pagati dall'assicurato durante la sua vita
ed è soggetto alla riduzione, se ne sia il caso
(artº 453 cod. com.). Che vuol dire ciò? L'obbligo che
ha il terzo di mettere in collazione, ove sia il
caso, i premî pagati dall'assicurato durante la
sua vita, dimostra che il diritto che egli ha al=
la somma assicurata è un diritto che provie=
ne da donazione non già da successione mortis
causa: solo le donazioni sono oggetto di colla=
zione, non già i lasciti testamentarî, non già
ciò che proviene dalla successione mortis cau=
sa. La conseguenza è questa che se anche la
persona indicata nel contratto di assicurazione
sia indegna a succedere al defunto o sia ri=
nunziante, avrà sempre il diritto alla somma
assicurata, perchè il diritto non deriva dalla suc=
cessione, ma dal contratto stesso di assicurazione.
La morte dell'assicurato costituisce solo la condi=
zione per l'avveramento di questo diritto, non
già la causa stessa. Però si fa eccezione a que=
sto principio, quando l'assicurato nel contratto di
assicurazione abbia pattuito il pagamento della
somma assicurata o per sè o per i suoi ere=
di in generale, senza determinare la persona.
In questo caso siccome la persona non è deter=
minata, ma solo è designato la sua qualità in

tanto si avrà diritto alla somma assicurata in quanto si abbia la qualità di erede; epperò in questo caso ripeto, si può parlare d'un vero e proprio diritto ereditario. Però la giurisprudenza ha ritenuto che se colla parola eredi, l'assicurato ha inteso designare i figli, in quest'ipotesi siccome la qualità d'erede coincide con quella di figli, ancorchè costoro rinunziino all'eredità, avranno diritto alla somma assicurata. In conclusione il contratto d'assicurazione, di cui facciamo cenno è un contratto a favore del terzo, e quindi importa donazione al terzo. Questi che si chiama beneficiario, acquista il diritto nel momento stesso in cui è compiuto il contratto di assicurazione; solo l'attuazione di questo diritto è sospesa durante la vita dell'assicurato: alla morte di costui il diritto viene ad acquistarsi irrevocabilmente, onde non è punto un diritto ereditario, ma un diritto contrattuale.

Così abbiamo parlato dei diritti che non si trasmettono agli eredi; parliamo ora delle obbligazioni. Le obbligazioni in generale si trasmettono tutte agli eredi; vi sono però delle eccezioni. Il Diritto faceva eccezione per le obbligazioni ex delicto. Quando alcuno commetteva un delitto o quasi delitto incorreva nell'obbligazione del risarcimento dei danni, così come avviene oggi; però quest'obbligazione per il Diritto romano non si trasmetteva agli eredi perchè nel Diritto antico si confondeva l'idea d'indennizzo

con l' idea di pena: l' indennizzo era considerato come pena la quale non era, e non è trasmissibile. Fu solo con l' andar del tempo che il diritto romano fece trasmettere agli eredi l' obbligo di pagare l' indennizzo, ma in modo limitato. L' erede doveva pagare al danneggiato non già tutta la somma occorrente al risarcimento dei danni, ma solo se e in quanto dal danno arrecato al terzo si fosse avvantaggiato, e ciò in base al principio dell' ingiusto arricchimento. Per influenza del diritto canonico, il quale partì dal concetto che l' erede dovesse espiare con suffragi e opere buone i peccati del defunto, s' introdusse il principio che anche le obbligazioni ex delicto si trasmettono all' erede; principio che fu accolto dalle legislazioni moderne in modo tale che oggi le obbligazioni ex delicto, di natura meramente civile; si trasmettono. È noto però che molte volte per delitti previsti dal codice penale c' è l' obbligo di pagare una multa allo Stato. Il pagamento della multa è obbligo d' indole patrimoniale, eppure non si trasmette agli eredi; perchè la multa sebbene sia una somma di denaro ed abbia carattere patrimoniale, pure è sempre una pena. Infatti nel nostro codice penale (art° 85) è detto che con la morte del condannato anche l' obbligo di pagare la multa si estingue.

Vi sono altre obbligazioni che non si trasmettono,

perchè si fondano su rapporti di fiducia; tali sono le obbligazioni derivanti da mandato, da società, da compromesso. Quando muore il mandatario gli eredi non sono obbligati a continuare il mandato (art° 1757); gli eredi dei soci non sono obbligati a continuare la società (art° 1729); gli eredi degli arbitri non sono obbligati a risolvere la controversia (art° 34 proc. civ.) Così ancora non si trasmettono gli obblighi derivanti da contratto di locazione d'opera (art° 1642); e ciò perchè l'opera da prestare presuppone un'abilità personale.

Diversamente segue per la locazione di cose. L'antico Diritto romano, secondo alcuni, faceva finire colla morte del conduttore anche la locazione di cose e forse non a torto. Ma nel diritto classico e giustinianeo il contratto non si scioglie. Così anche oggi, se muore il colono di un fondo, il contratto di locazione del fondo non finisce e l'obbligo si trasmette agli eredi ancorchè questi, essendo professionisti o industriali, non siano in grado di coltivare il fondo: così anche continua la locazione della casa, anche se gli eredi del defunto siano nell'impossibilità materiale d'abitare nella stessa casa. L'art° 1596 dice espressamente che la locazione delle cose non finisce colla morte del conduttore.

Un'altra obbligazione che non si trasmette agli eredi è quella di pagare gli alimenti. Questo

obbligazione avendo il suo fondamento in un rapporto di parentela, e perciò in un rapporto eminentemente personale, non si trasmette (art° 146). Però la legge fa eccezione riguardo ai figli adulterini od incestuosi, i quali hanno diritto agli alimenti verso il padre o la madre qualora la paternità o la maternità risulti in uno dei modi indicati dal codice civile nell' art° 193. Per principio generale quest' obbligazione non si dovrebbe trasmettere agli eredi del padre o della madre, perchè questi non sono rispetto ai figli adulterini od incestuosi nella stessa posizione del loro autore. Dacchè l' obbligazione agli alimenti è fondato sulla paternità o maternità, ne seguirebbe la sua intrasmissibilità. Perciò la legge per evitare tale inconveniente nell' art° 752 ha cura di disporre espressamente che i figli adulterini od incestuosi hanno il diritto agli alimenti anche contro gli eredi del padre o della madre. La legge ha fatto questo per considerazioni di equità, perchè i figli adulterini od incestuosi nella loro qualità di figli, avrebbero un diritto sul patrimonio ereditario. Se la legge non concede il diritto ereditario per certe considerazioni di morale più o meno dubbia, è evidente che per lo meno bisognava concedere il diritto agli alimenti che costituisce in certo modo un surrogato del diritto ereditario.

Un' altr' obbligazione che non passa agli eredi

è quella dipendente dall'azione di revocazione della donazione per ingratitudine (art° 1082). L'azione di revocazione della donazione per indegnità si può sperimentare dal donante e anche dagli eredi di lui nei casi che già abbiamo ricordato, ma sempre contro il donatario. Supponiamo invece che sia morto il donatario; il donante o i suoi eredi potranno esercitare l'azione contro gli eredi del donatario? Non potranno in nessun caso, senz'alcuna eccezione; perchè la revocazione per ingratitudine ha carattere penale, e la pena non può essere inflitta se non al reo. Se si potesse sperimentare l'azione contro gli eredi del donatario, si avrebbe il caso d'una pena inflitta agl'innocenti. Questo è il concetto da cui è partita la legge nell'art° 1082. Alcuni, è vero, vogliono qui ricorrere a quel famoso principio combattuto nella passata lezione, dicendo che se il donante ha iniziato l'azione contro il donatario, ha diritto di continuarla contro gli eredi. Ciò non è esatto perchè quel principio non è stato accolto nel diritto nostro come abbiamo visto, e poi stando anche alla lettera della legge, bisogna conchiudere che non è possibile l'azione di revocazione contro gli eredi del donatario ingrato: infatti le eccezioni alla regola dell'intrasmissibilità dell'azione riguardano "quest'ultimo caso", come s'esprime lo art° 1082, cioè il caso degli eredi del donante che agiscono contro il dona-

tario. Abbiamo visto così quali sono i rapporti che non si trasmettono agli eredi; salvo le ricordate eccezioni, l'erede prende la stessa posizione giuridica del defunto, sottentra in tutti i rapporti patrimoniali. Da questo deriva quel fenomeno che si chiama confusione di patrimonii. Dal momento che l'erede sottentra in tutti i rapporti patrimoniali del defunto non abbiamo più due patrimonii, ma un unico patrimonio; la distinzione dei patrimonii è data dalla distinzione dei soggetti di esso: in tanto il patrimonio esiste in quanto esiste la persona che ne è il soggetto. Ma se l'erede che aveva il patrimonio proprio diventa titolare del patrimonio del defunto, una duplicità di patrimonii colla unità della persona che ne è il soggetto, non è conforme alla realtà delle cose; epperò si avvera la confusione. Tutti i rapporti giuridici appartenenti al defunto si considerano come appartenenti all'erede; il patrimonio del defunto forma una sola cosa col patrimonio dell'erede. La confusione importa per necessaria conseguenza l'estinzione dei diritti che presupponevano la distinzione dei soggetti. Se l'erede aveva un diritto reale sui beni del defunto (un diritto d'usufrutto, di servitù, d'ipoteca) se l'erede aveva un diritto di credito o un debito verso il defunto; se l'erede era fidejussore del defunto ecc, questi rapporti, avvenuta la confusione, vengono ad estinguersi; perchè questi rap=

porti presuppongono due soggetti distinti e in contrapposizione tra di loro. Non può nascere il diritto reale su cosa propria, non può aversi un credito o un debito verso se stesso, ecc. Tutti questi rapporti che potettero sussistere fin quando si erano due persone distinte, titolari del diritto; ma venendo meno la duplicità delle persone, si estinguono necessariamente: « res incidit in eum casum a quo incipere non poterat ». Però, notate, la confusione non è un effetto speciale, esclusivo della successione causa mortis; essa può avvenire anche per successione a titolo particolare. Invero se io sono usufruttuario di un fondo e compro questo fondo, avviene la confusione e l'usufrutto s'estingue (art° 515), inquantochè io ch'ero semplice usufruttuario divento proprietario e perciò diventa impossibile l'usufrutto su cosa mia. Io sono proprietario d'un fondo dominante, acquisto il fondo servente; si avvera la confusione e perciò stesso la estinzione della servitù (art° 664). E così di seguito. La confusione adunque è effetto non solo della successione universale, ma si avvera in tutti i casi in cui si uniscono nella stessa persona due qualità tra loro incompatibili, di proprietario ed usufruttuario, di creditore e di debitore, di fidejussore e di creditore garentito (art^i 1296, 1297)

Ma la confusione può cessare. Se cessa qual'è la sorte dei diritti che all'erede competevano sui

beni del defunto e che sono spariti per forza della confusione? Bisogna distinguere due casi: se la cessazione tella confusione si verifica per causa preesistente e con effetto retroattivo o per causa posteriore e senza tale effetto retroattivo. Io sono erede, ho accettato e quindi è avvenuta la confusione. Dopo, la mia accettazione è annullata per errore, dolo, violenza, incapacità, per altra ragione qualunque. La confusione cessa perchè non è più una sola persona soggetto di tutto il patrimonio. Ma siccome questa cessazione ha efficacia retroattiva, inquantochè l'annullamento dell'accettazione importa come se l'acquisto ereditario non fosse mai avvenuto, senza dubbio i diritti estinti per confusione risorgono tali quali erano prima. Invece se la confusione cessa per causa posteriore e quindi senz'effetto retroattivo, deve avverarsi la conseguenza contraria. Io sono erede e vendo tutto l'asse ereditario; con siffatta vendita evidentemente il patrimonio del defunto si stacca dal mio; non sono più titolare dei due patrimonii. Questa è una causa di cessazione della confusione, posteriore all'acquisto, e quindi senza effetto retroattivo, in modo tale che secondo i principii generali non può aver luogo il ripristino degli antichi diritti. Solo se la dell'asse ereditario si compie, come si usa, col patto che il compratore assuma la stessa posizione che aveva il defunto; in base a questo patto si può

ritenere che risorgano gli antichi diritti; però, come è chiaro, anche in questo caso i diritti dell'erede sui beni ereditari si ripristineranno solo nei rapporti tra venditore e compratore dell'eredità, non rispetto ai terzi.
Una delle conseguenze importantissime della confusione è questa che l'erede deve ritenere come sue tutte le dichiarazioni di volontà fatte dal defunto. Quindi poniamo che il defunto abbia venduto durante la sua vita una cosa dell'erede, abbia costituito in pegno una cosa dell'erede, costui, se non fosse avvenuta la confusione, avrebbe avuto il diritto di rivendicare le cose sue, di fare annullare la costituzione di pegno; ma non può fare questo dopo acquistata l'eredità perchè nel tempo stesso che avrebbe questo diritto, avrebbe anche l'obbligo di garentire il compratore per evizione sofferta, di garentire il creditore pignoratizio per la perdita del pegno: onde in base alla confusione avvenuta, l'erede non può impugnare la vendita o la costituzione di pegno: vale contro di lui il principio: « quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio». Vi sono casi però in cui l'erede non ha obbligo di rispettare gli atti compiuti dal defunto; tali sono gli atti che ledono il diritto stesso ereditario, quale gli è stato attribuito dalla legge. Il defunto ha fatto delle donazioni e l'erede deve rispettarle,

ma se da queste donazioni venne lesa la sua quota di legittima; ecco che l'erede potrà far ridurre le donazioni. La confusione non si avvera, in virtù della legge stessa, quando ha luogo l'accettazione col beneficio dell'inventario. Siccome dalla confusione possono derivare degli effetti dannosi agli eredi, la legge introducendo il beneficio dell'inventario, introdusse un'eccezione al principio (art° 968 C.C.). E appunto per questa eccezione l'erede beneficiato si trova in una posizione singolare rispetto al patrimonio del defunto. Mentre l'erede puro e semplice, avvenuta la confusione, può fare del patrimonio ereditario tutto ciò che a lui pare e piace, come del proprio patrimonio; non avverandosi la confusione per opera del beneficio dello inventario l'erede beneficiato non ha rispetto al patrimonio ereditario lo stesso diritto che ha rispetto al patrimonio proprio. La legge lo considera come amministratore dell'eredità, egli non può compiere atti di alienazione senz' autorizzazione giudiziale. Notate però, come dissi altra volta, che sebbene la legge rispetto al patrimonio ereditario considera l'erede come amministratore, non bisogna credere che egli sia semplice amministratore. Egli è sempre erede, e quindi proprietario, onde potrà anche compiere atti eccedenti la semplice amministrazione: la conseguenza sarà che se eccede quel limite, gli atti non sono nulli come sarebbero se fossero compiuti dal semplice amministratore; ma si avrà decadenza dal bene

ficio dell' inventario. La legge nell' interesse dell' erede be=
neficiario ha posto il vantaggio della distinzione dei
patrimonii, ma a questo vantaggio ha messo un con=
trappeso, quale è il limite di non eccedere nei pote=
ri dell' amministrazione, altrimenti i diritti dei cre=
ditori ereditarî potrebbero essere facilmente manomessi.
L' erede non rispettando quell' obbligo perde il diritto
che gli è concesso, ecco tutto.

Lezione XIXª

Sommario

B). Effetti dell'acquisto dell'eredità rispetto ai terzi_ Diritti dell'erede_1°) Petizione di eredità_Concetto- Chi può sperimentarla_ Contro chi_ Competenza_ Prova_ Se l'azione si estingua per prescrizione_

L'erede sottentrando nella posizione giuridica del defunto ha tutte le azioni che competevano a costui; le azioni possessorie, la revindicatoria, negatoria e le varie azioni creditorie. Ma oltre queste azioni particolari ch'egli può intentare in luogo del defunto e per diritto trasmessogli, ha un'azione che sperimenta per diritto proprio in tutela della sua qualità d'erede e che si dice azione di petizione di eredità.

Il Diritto romano regolò in tutte le sue parti quest'azione e la regola oggi il cod. civ. Germanico; ma il nostro codice non ne fa che una semplice mensione nell'art° 44, quando parla della successione dell'assente, e nell'art° 94 del codice di proc. civile, in cui determina la competenza del magistrato che deve giudicarne. Non c'è niente altro nelle nostre leggi intorno quest'azione e quindi bisogna accogliere i principî del Diritto romano in quanto sono conformi ai prin=

cipii generali del nostro codice. Che cosa è l'azione di petizione di eredità? L'azione di petizione d'eredità è un'azione di carattere universale che ha per iscopo di far riconoscere la qualità di erede nella persona a cui tale qualità è contestata e per conseguenza di fare restituire all'erede tutto quello che altri possiede pretendendo di essere erede, oppure senza titolo qualsiasi. Dunque l'azione di petizione di eredità ha per iscopo di tutelare non questo o quel diritto in particolare, ma la qualità d'erede, da cui dipendono poi i varî diritti particolari. Questo è lo scopo principale. Poi solo come conseguenza del riconoscimento della qualità d'erede in chi realmente l'ha, l'azione di petizione ha lo scopo di ottenere la restituzione delle cose ereditarie da chi le possiede.

Quest'azione si dice universale in due sensi. È universale nel senso che è assoluta, è un'azione esperibile *erga omnes*, alcuni perciò la chiamano anche reale. Noi però non la chiameremo così, perchè questa denominazione potrebbe far nascere un equivoco, cioè che sia un'azione corrispondente ad un diritto reale; mentre invece noi abbiamo visto come il diritto ereditario, non è un diritto reale, perchè non si può dire, come alcuni pensano che sia il diritto di proprietà sul patrimonio ereditario. In un altro senso si dice universale; nel senso che l'oggetto a cui tende non

è un diritto su questa o quella cosa, non è un diritto particolare, ma è il diritto all'universum jus. Quest'azione differisce dalla rivendicazione, con cui ha parecchie analogie, anzitutto perchè mentre scopo dell'azione di rivendicazione è quello del riconoscimento del diritto di proprietà su una determinata cosa, invece scopo dell'azione di petizione dell'eredità è il riconoscimento non del diritto di proprietà, ma della qualità d'erede, dal quale può derivare il riconoscimento del diritto di proprietà, di usufrutto, di servitù, di un diritto di credito ecc. Differisce ancora per la prova. Quando si esperimenta l'azione di rivendicazione per riuscire vincitore bisogna provare il diritto di proprietà sulla determinata cosa di cui si pretende la restituzione; invece quando si pretende la restituzione di una cosa ereditaria coll'azione di petizione di eredità, non è necessario provare il diritto di proprietà su quella determinata cosa di cui si chiede la restituzione: basterà provare la qualità d'erede, perchè provata questa, o che il defunto avesse la proprietà della cosa, o ne fosse possessore; si tratti di diritti di credito o di un diritto reale, tutto spetterà a colui che avrà dimostrato la qualità d'erede.

Ancora si distingue l'azione di petizione di eredità da un'altr'azione che potrebbe sembrare analoga, cioè quella di divisione di eredità. L'a=

zione di divisione presuppone già riconosciuta la qualità d'erede in una persona. Onde, se gli altri disconoscono in me la qualità di erede, prima di potere intentare l'azione di divisione, dovrò intentare l'azione di petizione d'eredità.

Vediamo ora quali sono i requisiti dell'azione. Prima di tutto da chi può sperimentarsi anzitutto da chi ha la qualità d'erede legittimo o testamentario; e inoltre anche dai suoi aventi causa a titolo particolare. Così, se un erede abbia venduto il suo diritto ereditario, il cessionario che pure è un successore a titolo particolare dell'erede, per far sì che la sua compra abbia efficacia pratica, può benissimo intentar l'azione che sarebbe spettata al proprio autore, cioè l'azione di petizione d'eredità. Ancora, come i compratori dell'eredità, così i creditori personali dell'erede in base all'art° 1234 in cui si dispone che i creditori possono esercitare tutte le azioni competenti al loro debitore, quando questi ne trascuri l'esercizio; possono esercitare l'azione di petizione d'eredità. Anche l'erede che abbia accettato col beneficio d'inventario può esercitare quest'azione. Veramente vi sono alcuni che hanno opposto delle difficoltà ed hanno detto: l'azione di petizione è un atto di disposizione, è un atto che pone in esercizio il diritto di proprietà. Ora se l'erede col beneficio dell'inventario non ha altro

potere che di amministrare la eredità beneficiata, egli non può intentare azione di petizione. Questo concetto è erroneo, poiché non è esatto dire che l'erede beneficiato sia semplicemente amministratore e non abbia altro potere che di amministrare; l'erede beneficiario invece è un vero e proprio erede, quindi ne ha tutti i poteri; soltanto questi poteri sono limitati, in quanto non può compiere alienazione dei beni ereditarî senz'autorizzazione del magistrato; però anche se compie tali atti senz'autorizzazione questi non sono nulli; soltanto l'erede decade dal beneficio dell'inventario. Ora l'azione di petizione d'eredità è certamente un atto di disposizione. Ma è forse un atto di disposizione che nuoce ai creditori ai legatarî e quindi deve ritenersi vietato? Certamente no, perché è un atto che giova, anzi anche ai creditori e ai legatarî, in quanto tende a reintegrare il patrimonio ereditario. Contro chi si può intentare quest'azione? Con formula generale si può dire: contro chiunque contesti direttamente od indirettamente la qualità di erede. Questa formula è troppo generale e bisogna analizzarla. Prima di tutto colui che contesta la qualità di erede è colui che si chiama erede apparente, cioè colui il quale possiede tutta l'eredità o parte di essa o alcuni beni singoli e pur non essendo erede si pretende tale. Ecco che vediamo per la prima volta spuntare la figura dell'erede apparente e a questo proposito dirò qualche cosa, perché non si sia fin dal princi-

pio confusione d'idee, talvolta i pratici ritengono per erede apparente colui che possiede i beni ereditarî in buona fede e con giusto titolo, credendo di essere erede. Questo è un errore: altro è lo erede apparente in generale, ed altro è l'erede apparente di buona fede. L'erede apparente si deve equiparare ad uno che possiede senz'avere il diritto corrispondente: se il possesso sia di buona o di mala fede è cosa che si deve esaminare a parte per vedere quali effetti nascano dall'azione di petizione di eredità; ma perchè si abbia l'erede apparente basta che alcuno, senza che gli spetti effettivamente, pretenda la qualità d'erede: l'erede apparente è l'erede falso. Perciò la azione di petizione si può intentare contro chiunque sia erede apparente, cioè contro quelle persone che pretendono di essere eredi, mentre non sono. Ciò può avvenire in casi svariatissimi. Così per es: alcuno è stato chiamato per testamento all'eredità; ma dopo questo testamento ce n'è stato un altro che revoca il primo. L'erede chiamato nel primo testamento si immette nel possesso delle cose ereditarie e pretende d'essere erede; costui è erede apparente. C'è un testamento affetto da errore, da violenza, da dolo. L'erede chiamato s'immette nel possesso dei beni; costui avvenuto l'annullamento, è erede apparente. Una persona è inde-

gna di succedere al defunto; ciò nonostante s'immette nel possesso dei beni.
Sperimentata l'azione di dichiarazione dell'indegnità, che ha effetto retroattivo, l'indegno è erede apparente. Muore una persona, lasciando più parenti; non si sa quale sia il più prossimo, oppure si conosce il parente più prossimo, ma non si sa dove sia e se esista. L'erede più remoto si immette nel possesso dei beni ereditarî. Scoperto l'erede più prossimo, il più remoto è erede apparente. I casi si possono moltiplicare a volontà. Ora contro colui che si trova nel possesso dei beni ereditarî, pretendendo la qualità d'erede, abbia o no buon fondamento la sua pretesa, si può intentare l'azione di petizione d'eredità, perchè è desso che principalmente viene a contestare la qualità d'erede a chi veramente l'ha. Il Diritto romano però, per maggiore facilitazione, concesse l'azione di petizione non solo contro chi fosse possessore pro haerede, ma anche contro il semplice possessore, pro possessore, ossia contro colui che possedesse i beni ereditarî senza pretendere di essere erede, ma senza nemmeno potere accampare un titolo qualsiasi a giustificazione del possesso. Costui è vero non pretende d'essere erede, ma d'altra parte non sa giustificare il suo possesso, non dice: possiedo perchè ho comprato, perchè

ho avuto una donazione, posseggo per un titolo qual=
siasi; ma soltanto: possideo quia possideo; e in tal
guisa sebbene indirettamente viene a contestare la qua=
lità di erede. Perciò il Diritto romano a maggiormen=
te facilitare la condizione dell'erede vero, concesse
l'azione di petizione di eredità anche contro del
possessore pro possessore. E sull'autorità della legge ro=
mana, la dottrina francese e l'italiana ritengono che
l'azione di petizione possa esercitarsi anche contro il
semplice possessore che non sia possessore pro haerede,
cioè erede apparente, ma sia un possessore che ad=
duca nessun titolo a fondamento del suo possesso.
Ancora: si può intentare l'azione di petizione non
solo contro il possessore vero e proprio, nel senso tec=
nico, ma anche contro il possessore in un senso
generico e improprio. C'è per esempio uno che dovreb=
be pagare i debiti ereditarî e non vuole pagare
perchè crede d'essere egli l'erede. Frattanto costui
non possiede niente, non ha alcuna cosa ma=
teriale, non è vero e proprio possessore. A rigore
contro costui non si potrebbe intentare azione di
petizione, non essendo possessore; pure per il Diritto
romano si poteva intentare, in quanto lo conside=
rò come un quasi possessore come trovantesi in u=
no stato di fatto tale da equipararsi al possesso.
Perciò la formola generale per comprendere questi
varî casi, oltre i casi di erede apparente è che
l'azione di petizione si può intentare contro chiun=

que in modo diretto o indiretto venga a contrastare in una persona la qualità d'erede.

Ma si può intentare l'azione di petizione contro il cosiddetto possessore fittizio? Qui troviamo delle divergenze tra il diritto romano e il diritto nostro. Il diritto romano diceva che si poteva esercitare l'azione di petizione anche contro colui che non fosse vero possessore, anche contro il possessore fittizio. Tale, anzitutto, era colui il quale, sapendo che un tale intentava un'azione di petizione d'eredità, fingeva di essere possessore e si presentava in giudizio per difendersi, come se fosse possessore, mentre in realtà non era. Il secondo caso di possesso fittizio è quando uno cessi dal possedere dolosamente. Mettiamo che l'azione di petizione s'intentasse contro il vero possessore, il quale visto lo atto introduttivo del giudizio, abbandoni il possesso per intralciare l'esercizio dell'azione: in punizione di questa malafede si concesse l'azione di petizione.. È possibile dire altrettanto nel diritto nostro? Alcuni, seguendo il Diritto romano dicono che è possibile intentare l'azione di petizione d'eredità contro colui che si presenta in giudizio come possessore mentre non è, oppure contro colui che essendo possessore, chiamato in giudizio, abbia cessato di possedere. Ciò è invece secondo noi impossibile, perchè dal nostro codice si rileva come il concetto del possesso fittizio non è più ammesso (art° 439 C.C.) Avendo la legge eliminato il caso del possesso fittizio per l'azione di rivendica-

zione; siccome l'azione di petizione d'eredità è analoga alla rivendicazione, ragion vuole che anche essa non possa esercitarsi contro il possessore fittizio.

Competente per esperimentare quest'azione è il magistrato del luogo dell'ultimo domicilio del defunto e la competenza varia a secondo il valore (artº 94 cod. proc. civ.)

Prova a cui deve sobbarcarsi l'attore. L'attore deve provare la sua qualità di erede, perchè l'azione di petizione, abbiamo detto, ha per iscopo di far riconoscere la qualità d'erede. Che cosa deve fare per provare la qualità d'erede? Se si tratta d'erede testamentario deve provare l'esistenza del testamento, e se è un erede istituito sotto condizione sospensiva o in sostituzione di un'altra persona, deve provare l'avveramento della condizione, o che l'istituito sia premorto o non abbia accettato. Se l'erede è legittimo deve provare che egli è nel grado di parentela più prossimo al defunto. Questa prova riesce spesso difficile ed imbarazzante, perchè il nostro codice non riconosce, come il codice germanico, un documento speciale per tale prova (il certificato ereditario)

Provata la vocazione ereditaria, cioè il testamento ed i rapporti di parentela, non c'è bisogno di fare alcun altra prova; e sono in errore coloro che sostengono che bisogna provare anche l'accetta-

zione. Certamente solo con l'accettazione s'acquista definitivamente la qualità d'erede; ma il fatto stesso di agire in giudizio per petizione d'eredità è tale da importare accettazione. Sappiamo che l'accettazione può essere espressa e tacita; espressa, quando si assume la qualita o il titolo d'erede in un atto scritto; tacita, quando si compiono degli atti che presuppongono necessariamente la qualità d'erede. Ora quando s'esercita l'azione di petizione di eredità, seppure non si voglia parlare di accettazione espressa, vi sarebbe sempre la tacita, giacchè con tale atto si dimostra evidentemente l'intenzione di vol r ssere erede.

Non basta provare la qualità di erede, bisogna provare che il diritto ereditario è stato leso in un modo qualunque, quindi bisogna provare che un altro possiede la cosa ereditaria e la possiede, spacciandosi erede, o senza titolo alcuno. Finalmente è da indagare se quest'azione debba intentarsi in un certo tempo. Su ciò tace la legge. Molti autori dicono che l'azione di petizione si prescrive in 30 anni. Ma da qual giorno decorre il trentennio? Per alcuni dal giorno dell'apertura della successione, per altri dal giorno in cui l'erede apparente abbia cominciato a possedere: onde l'azione di petizione d'eredità sarebbe distrutta dall'usucapione del diritto di eredità. Ma è possibile nel nostro diritto l'usucapione del diritto ereditario, della qua-

lità d'erede? Ragionando sul possesso, abbiamo dimostrato che ciò è impossibile perchè il diritto ereditario non è un diritto reale e tanto meno è un diritto reale su cose immobili, mentre per il nostro codice l'usucapione trentennale e decennale non ha per oggetto che il diritto reale su cose immobili. Se fosse vero ciò che il Pacifici-Mazzoni sostiene, che cioè sono necessarî 30 anni per usucapire il diritto ereditario e quindi per respingere l'azione di petizione d'eredità; dovrebbe essere anche vero che ove l'erede apparente possessore delle cose ereditarie fosse di buona fede, basterebbe non già il decorso dei 30 anni, ma quello di 10 anni; invece lo stesso Pacifici Mazzoni esclude questa possibilità. Il vero è, dunque, che la prescrizione del diritto ereditario non può accamparsi, ma si può accampare soltanto l'usucapione delle singole cose ereditarie (1). Se un tale credendosi erede abbia posseduto per 30 anni o 10 anni cose ereditarie, secondo che sia in mala fede o in buona fede; egli non potrà pretendere la qualità d'erede e quindi esercitare dei diritti sulle cose non mai possedute e molto meno far valere dei crediti che non sono capaci di possesso nè di usucapione, ma potrà solo pretendere di conservare le cose acquistate per usucapio-

(1) La conferma sta nell'art° 950 che ammette la facoltà della rinunzia, e fa salvi i diritti acquistati dai terzi per prescrizione sopra singoli beni, ma non parla della prescrizione acquisitiva dell'universum jus. Or se questa fosse possibile, escluderebbe la revoca della rinunzia

ne. Qual'è la differenza pratica fra la nostra opinio=
ne e quella combattuta? Se fosse vera l'opinione contra=
ria, ne verrebbe la conseguenza che ove l'erede appa=
rente avesse posseduto per 30 anni cose ereditarie,
non solo contro di lui non sarebbe sperimentabi=
le l'azione di petizione di eredità, ma egli sarebbe
vero e proprio erede, avrebbe il diritto di rivendicare
contro i terzi le cose ereditarie, anche se non le
avesse possedute; e inoltre avrebbe tutti gli obblighi
dell'erede, mentre invece la qualità d'erede sareb=
be irremissibilmente perduta da chi era veramente
erede. Invece seguendo la nostra opinione accade di=
versamente; il possessore delle cose ereditarie, sia pu=
re che abbia preteso la qualità di erede, col de=
corso di 30 o 10 anni, non acquista il titolo e la
qualità d'erede, non acquista i diritti, nè le obbliga=
zioni connesse a tale qualità; egli avrà diritto solo
sulle cose singole possedute, non già come erede, ma
come un possessore legittimo che ha prescritto a
proprio favore. La qualità d'erede rimane sempre al
vero erede; sicchè se uno dei coeredi rinunzia al=
la propria quota, questa non spetterà a colui che
avrà usucapito i beni ereditarî, ma a colui che
avrà la qualità d'erede; così pure gli obblighi ere=
ditarî saranno a carico di colui che è erede e non
già di chi ha usucapito i beni. E che la nostra opi=
nione sia giusta, risulta anche da ciò, che la leg=
ge non riconosce altri eredi, se non quelli chiama=

ti dalla legge o dal testamento; invece seguendo l'altra opinione, si verrebbe a creare una terza categoria di eredi, cioè eredi per usucapione.
Eliminata questa teoria, resta ad esaminare l'altra assai diffusa che la petitio hereditatis sia soggetta alla prescrizione estintiva per sola inerzia dell'erede durante 30 anni dal giorno dell'aperta successione. Ora noi osserviamo che la petitio hereditatis è analoga alla rei vindicatio, e come il diritto di proprietà non si perde pel semplice non uso, così la relativa azione non si estingue per la semplice inerzia del titolare, se non vi sia l'usucapione in contrario. Ora se l'erede non ha accettato, perde dopo 30 anni la facoltà di accettare, ma se egli ha entro tal termine compiuto degli atti di accettazione, ha acquistato definitivamente e irrevocabilmente la qualità di erede. Perciò non può perderla pel solo fatto che non la faccia valere contro chi usurpi tale qualità e detenga illegittimamente beni ereditari. Vale il principio: semel heres semper heres. Potrà perdere le singole cose, se altri le abbia usucapite, ma non la qualità di erede, che come si è veduto, non può formare materia di usucapione, e così anche dopo 30 anni potrà utilmente sperimentare l'azione di petizione per le cose non usucapite o incapaci di possesso come per es: i diritti di credito, se mantenuti tuttora in vita.

Lezione XXª

Sommario

Gli effetti della petizione d'eredità - Erede apparente di buona fede, ed erede apparente di mala fede - Effetti diversi: rispetto alla restituzione dei beni - alla restituzione dei frutti - alla responsabilità per le azioni fatte - In qual momento deve sussistere la buona fede - Diritti dell'erede apparente verso l'erede vero.

Nella passata lezione vedemmo la natura e gli estremi dell'azione di petizione d'eredità. Oggi parleremo degli effetti.

Ora gli effetti dell'azione variano secondo che lo erede apparente sia in buona o in mala fede.

La figura giuridica dell'erede apparente si delinea in due parole: è chiunque avendo o no una qualche giustificazione, figura come erede, agisce come erede.

Invece più difficile è delineare la figura dell'erede apparente di buona fede per le discordie nate nella dottrina e nella giurisprudenza a questo proposito. Basta perchè l'erede apparente sia di buona fede che, egli in coscienza, ossia subbiettivamente soltanto, sia convinto d'avere diritto all'eredità, ancorchè non vi sia alcuna giustificazione obbiettiva di questa sua convinzione? Al=

anni hanno creduto che basti la semplice credenza subbiettiva, perchè l'erede apparente possa essere considerato di buona fede. Però questa opinione è giustamente rigettata dalla maggioranza degli autori, che ritengono il concetto dell'erede apparente di buona fede coincidere esattamente con quello di possessore di buona fede. L'erede apparente di buona fede è colui che possiede le cose ereditarie in buona fede, è un possessore di buona fede delle cose ereditarie, quindi lo stesso concetto che noi abbiamo del possessore di buona fede si applica all'erede apparente di buona fede. Basta guardare all'ultimo capoverso dell'art° 933 C.C. in cui si dice che l'erede apparente di buona fede non è tenuto alla restituzione dei frutti, se non dal giorno della domanda giudiziale, perchè ci si richiami alla mente l'art° 703, in cui si parla del possessore di buona fede che è esentato dalla restituzione dei frutti percepiti prima della domanda giudiziale. Ora se identità d'effetti suppone identità di causa, dallo stesso art° 933 possiamo argomentare che il concetto di erede apparente di buona fede è identico a quello del possessore di buona fede. Su ciò la maggioranza degli scrittori è d'accordo: soltanto fra questi stessi il disaccordo nasce su un altro punto. È noto che per aversi il possesso di buona fede, non basta lo stato subbiettivo, la credenza d'essere proprietarî mentre non si è; ci vuole anche il titolo giustificativo di

questa credenza, il titolo abile a trasferire la proprie=
tà, ma viziato e di cui il possessore ignora i vizi
Questo titolo come dev'essere, un titolo esistente, oppu=
re può essere un titolo putativo? Non basta per
il possessore di buona fede il semplice titolo pu=
tativo, cioè la semplice credenza di avere un titolo
a sussidio della sua buona fede, quando realmente
questo titolo non esiste; il giusto titolo necessario per
servire di base al possesso di buona fede dev'essere
un titolo esistente e, notate, non solo esistente ma=
terialmente, ma esistente giuridicamente. Non basta
che ci sia un atto di compra-vendita, ecc; è ne=
cessario che quest'atto abbia tutti i caratteri necessa=
rî per la sua esistenza giuridica, quindi sia un ti=
tolo che non sia nullo per difetto di forma. Una com=
pra-vendita verbale d'immobili non è giusto titolo per
il possesso di buona fede dell'immobile, perchè man=
ca un requisito essenziale per la sua esistenza
(art.° 1314). Così dicasi per la donazione, che sia
stata fatta mediante scrittura privata; material=
mente il titolo esiste, ma non giuridicamente in=
quantochè la donazione fatta per scrittura priva=
ta non produce effetti giuridici, e quindi nem=
meno il possesso di buona fede. Non solo il tito=
lo che si vuole invocare a base del possesso di
buona fede dev'essere titolo non viziato nella for=
ma essenziale ma deve avere tutti gli altri re=
quisiti di sostanza da cui dipende l'esistenza

giuridica del titolo: il titolo affetto da mancanza assoluta di consenso non ha alcun valore giuridico, come pure se la causa manchi o sia illecita. Però, molti autori sostengono che l'esistenza giuridica del titolo è necessaria, solo quando il possessore di buona fede invochi in suo favore l'usucapione decennale: s'egli invoca il suo possesso di buona fede non già per l'usucapione decennale, ma solo per acquistare i frutti percepiti medio tempore, non occorre che il titolo sussista giuridicamente; basta la semplice credenza che il titolo esiste, anche se in realtà non esista, o esista solo materialmente. Ma questa opinione se è fondata per il codice francese, non è fondata per il nostro, il quale parla di possesso di buona fede in generale prescindendo dagli effetti; sicchè ogni qualvolta si vuole invocare un qualsiasi effetto del possesso di buona fede, bisogna sempre riscontrare gli effetti voluti nell'art° 701. E la più recente giurisprudenza si è pronunziata in tale senso. Applichiamo ora questi concetti all'erede apparente. Gli autori non sempre ne hanno fatta esatta applicazione. Sono stati logici quegli autori, come il Pacifici-Mazzoni, che hanno sostenuto l'erede apparente essere di buona fede anche manchi l'esistenza giuridica del titolo; bastare a ciò un titolo putativo, la semplice credenza d'essere erede, e di avere un qualche fondamento di

questa credenza, ancorchè il titolo effettivamente non esiste, perchè essi partono dal principio generale che l'esistenza del titolo non sia necessaria giammai per l'acquisto dei frutti. Ora se l'erede apparente invoca il possesso di buona fede non già per avvalersi dell'usucapione, ma per l'acquisto dei frutti e per tutte le altre conseguenze di cui all'art° 933, era logico ritenere, dato quel concetto, non esser necessario che il titolo sussista giuridicamente per aversi l'erede apparente di buona fede. Non sono logici però gli altri autori, che pur ritenendo come principio generale che sempre e per ogni effetto del possesso di buona fede occorra un titolo effettivamente e giuridicamente esistente e che quindi anche l'erede apparente per essere di buona fede debba avere in suo sussidio un titolo reale non già meramente putativo, hanno poi negli esempî che adducono fatta erronea applicazione di quel principio, onde praticamente sono venuti alla stesso conseguenza a cui erano giunti i seguaci dell'opinione diametralmente opposta. Ecco infatti gli esempi ch'essi adducono di eredi apparenti di buona fede. Hanno detto: facciamo il caso che alcuno invochi un testamento il quale è stato revocato da un testamento posteriore, ma di cui l'erede ignorava la revoca; questi se si trova nel possesso dei beni ereditarî, è possessore di buona fede perchè ha in suo appoggio un

testamento (giusto titolo) e d'altra parte ignorava la revoca fatta con testamento posteriore (vizio del titolo). Altro esempio: mettiamo che alcuno invochi la legge in suo favore come titolo di successione. Un tale non sapeva che c'erano parenti di 1°, di 2°, di 3° grado, ignorava l'esistenza di parenti prossimiori al defunto, e basandosi sulla legge che dice che in mancanza di parenti di 1°, 2°, 3° grado, sono chiamati i parenti di 4° grado, si è immesso nel possesso dei beni ereditari. Questo tale, sarebbe un erede apparente di buona fede perchè ha un titolo la legge, e ignora il vizio del titolo, cioè l'esistenza d'un parente più prossimo. Questi esempî sono giusti o sono errati? Sono errati, se si parte dal concetto che si richiede un titolo esistente giuridicamente; mentre sarebbero esempî appropriati se si partisse dal concetto opposto che basta un titolo putativo; perchè infatti negli esempî accennati si tratta di titoli meramente putativi, e non già di titoli reali, esistenti giuridicamente. Invero, quando l'erede apparente invoca in suo favore un testamento che poi è stato revocato; si può dire che il testamento revocato sia un titolo giuridicamente esistente? Certo che no; al momento della morte del defunto non esisteva quel testamento, perchè era stato revocato dall'altro; il testamento è titolo realmente e giuridicamente esistente quando può produrre la sua efficacia al tempo della morte

del defunto. Siccome per la revoca è stato distrutto, così al momento della morte del defunto era soltanto un documento materiale, non un testamento avente efficacia giuridica. Similmente quando alcuno è parente di terzo, di quarto grado, e s'immette nel possesso dei beni ereditari, credendo che non esistano gli altri chiamati dalla legge prima di lui, egli non ha in suo favore un titolo esistente giuridicamente. Certo la vocazione legittima ereditaria è per se stessa titolo di successione, ma quando vi concorrano gli estremi di legge; mentre nel caso di cui ci occupiamo, mancando gli estremi di fatto necessari per esservi la vocazione ereditaria ab intestato, la legge non è che titolo immaginario o putativo. La legge chiama i parenti di terzo grado solo quando mancano i parenti di 1° e 2° grado; la falsa credenza della mancanza di parenti di 1° e 2° grado importa soltanto che l'erede apparente invoca in suo favore un titolo putativo che non esiste giuridicamente. Ecco come applicando rigorosamente il concetto della necessità del titolo esistente giuridicamente, i casi d'erede apparente di buona fede vengono ad essere ristretti ad un numero limitatissimo. Quali sono essi? Distinguiamo le due ipotesi d'erede testamentario e d'erede legittimo. L'erede che invoca in suo favore un testamento, quando può dirsi di buona fede? Quando il testamento è giuridicamente esi=

stente al tempo della morte del testatore, ma può essere annullato per un vizio. Il testamento fatto dall'interdetto, mentre era sano di mente, nei momenti di lucido intervallo è annullabile. L'interdetto non ha capacità di testare, ancorchè nel momento di testare sia campos sui; però questo vizio non rende inesistente il testamento, ma lo rende annullabile. L'erede chiamato dal testamento non sapeva dell'interdizione e si immette nel possesso delle cose ereditarie. Dopo, gli altri eredi impugnano questo testamento, perchè fatto da incapace. In questo caso il possessore delle cose ereditarie è erede apparente di buona fede, perchè ignorava l'incapacità del testatore, e s'è immesso nel possesso delle cose ereditarie in base ad un titolo non solo materialmente, ma anche giuridicamente esistente, il quale però poteva essere annullato come di fatto avvenne. Similmente si dica se il testamento sia annullabile, perchè compiuto da un minore di anni 18. Un altro caso è quello del testamento viziato da errore, violenza, dolo. Il testamento così viziato è come qualsiasi altro atto, giuridicamente esistente, in quanto concorrono tutti i requisiti per l'esistenza giuridica; solo è annullabile. Ora, se alcuno si immette in buona fede nel possesso delle cose ereditarie in virtù di un testamento che dopo viene annullato per errore, violenza o dolo, evidentemente in questo caso si può dire che egli sia un ere-

de apparente di buona fede, perchè oltre l'ignoranza subbiettiva dei vizî del titolo può vantare in suo favore l'esistenza giuridica del testamento e non soltanto l'esistenza materiale. Ma se si tratta d'un testamento revocato da un altro posteriore, allora si ha un titolo giuridico inesistente e quindi non si può invocare la buona fede. Come pure se alcuno s'immetta in possesso di cose ereditarie invocando in suo favore una sostituzione fidecommissaria, anche s'egli ignori la nullità di tale sostituzione, perchè ignorante di diritto o perchè la cosa è dubbia, come sovente accade; non potrà invocare la buona fede, perchè la sostituzione fidecommissaria essendo vietata da norme di ordine pubblico, non ha esistenza giuridica alcuna. Passiamo all'ipotesi che alcuno invochi il titolo della legge. Quando la legge può dirsi titolo giuridicamente esistente, ma viziato? A prima vista pare strana la domanda, perchè la legge, o c'è o non c'è, o chiama o non chiama alcuno all'eredità; pure vi possono essere dei casi in cui la legge costituisce titolo di vocazione ereditaria che è affetto da vizio. Questi casi, secondo me, sono due, di cui uno è considerato espressamente dalla legge all'art° 43 C. C. Per il semplice fatto che il chiamato all'eredità è assente, la legge dispone che sottentrano in suo luogo quelli che avrebbero diritto a concorrere con lui, o che avrebbero diritto a succedere invece di lui.

Supponiamo il caso che Tizio chiamato all'eredità sia assente, e che quindi sottentri invece di lui, una altra persona. Un bel giorno compare Tizio ed esercita l'azione di petizione d'eredità contro colui che per legge prese il suo posto, quand'egli era assente; ma che, evidentemente, non ci ha diritto. Come si può considerare tale erede apparente? Si deve considerare senza dubbio in buona fede, perchè chiamato dalla legge nella previsione che l'assente fosse morto; ed infatti la legge stessa considera questo erede sottentrato all'assente come erede apparente di buona fede, in quanto gli concede tutti i vantaggi della buona fede. Qui dunque abbiamo un titolo, qual'è appunto la legge, giuridicamente esistente ma viziato; da che cosa? Viziato dalla condizione risolutiva posta dalla legge stessa; perchè la legge chiama una persona a sottentrare nella quota spettante all'assente, qualora questi non si presenti più. Un altro caso non contemplato dalla legge è il seguente: La legge dice che la quota del rinunziante s'accresce ai coeredi od a coloro che avrebbero diritto a sottentrare a lui. Tizio chiamato all'eredità in primo luogo, rinunzia ad essa, e quindi sottentrano i parenti più prossimi. Un bel giorno la rinunzia viene annullata, perchè affetta da errore, violenza o dolo; in questo caso l'erede che ha rinunziato può accettare di nuovo; ed accettando ha evidentemente il diritto di petizione d'eredità contro co-

lui che in base alla rinunzia s'è messo nel possesso delle cose ereditarie. Or l'erede apparente, contro cui s'intenta l'azione di petizione d'eredità è, in questo caso, di buona fede, oppur no? Evidentemente è di buona fede, perché se egli ignorava i vizî della rinunzia, ha in suo favore il titolo giuridicamente esistente, inquantoché la legge chiama alla successione colui che avrebbe diritto se il rinunziante non fosse mai esistito.

Ecco i soli casi in cui l'erede apparente può essere di buona fede; in tutti gli altri si ha l'erede apparente di mala fede. Sicché tale non è soltanto colui che possiede le cose ereditarie come un ladro qualunque, come un predone, ma anche colui che ha la coscienza netta, sicura di avere acquistato l'eredità legittimamente, ove questa coscienza non sia sussidiata da un titolo non solo materialmente, ma anche giuridicamente esistente. Questa teoria può portare a delle conseguenze ripugnanti col sentimento morale; ma il torto sarà tutt'al più della legge che ha voluto dare un concetto artificioso della buona fede, e punto conforme al concetto etico-sociale. Sarebbe stato meglio, se la buona fede si fosse considerata semplicemente come lo stato subbiettivo di una persona che crede operare conformemente alla legge mentre in realtà opera difformemente. Ma dacché la legge ha aggiunto l'elemento tecnico, artificioso, qual'è quello del giu-

sto titolo, le conseguenze da accogliere sono quelle al=
le quali ho accennato ancorchè esse possano ripugna=
re al sentimento morale. Premesse tali idee genera=
li, possiamo determinare le conseguenze dell'azione
di petizione d'eredità. Le conseguenze, come dicevo, di=
versificano secondo che il convenuto sia erede appa=
rente di buona fede o di mala fede. Prima con=
seguenza: Per principio generale il convenuto nella
petizione d'eredità deve restituire tutte le cose che
possiede nella qualità d'erede. Quest'obbligo della
restituzione varia secondo che l'erede apparente sia
di buona o di mala fede. Il codice espressamente
a questo riguardo non dice niente, ma si soccor=
rono i principii generali. Principio generale è che
quando il possessore è di buona fede, deve resti=
tuire la cosa nello stato in cui si trova al tem=
po della domanda giudiziale. Se durante il suo pos=
sesso ha distrutto in tutto o in parte la cosa,
o per incuria l'ha lasciato perire o detoriare, la
sua colpa non è causa di responsabilità; perchè
come dicevano i giureconsulti romani, non è sogget=
to a reclami colui che trascura una cosa che pos=
siede come proprietario (Nulli querelae subiectus
est qui rem quasi suam neglexit). Se il pos=
sessore di buona fede aveva la coscienza d'essere
proprietario, al pari del proprietario, credette avere il
diritto di fare della cosa ciò che gli paresse me=
glio e quindi anche di distruggerla. Questo principio

ha trovato applicazione in casi speciali, come nel caso contemplato all'art° 1148 C.C. dove si parla della restituzione dell'indebito. Chi dunque è possessore di buona fede di una cosa, deve restituire la cosa allo stato in cui si trova; se si trovano dei frammenti deve restituire i frammenti, se si trova l'equivalente deve restituire l'equivalente, ma non è obbligato a restituire la cosa in natura, o se fu alienata a restituirne il valore. Lo stesso dunque deve dirsi per l'erede apparente di buona fede. Invece il possessore di mala fede, come dice lo stesso art° 1148, deve restituire non solo le cose che realmente sussistono, ma per le cose alienate, deve restituire il valore effettivo, perché essendo in mala fede è in colpa, non poteva considerarsi proprietario e disporne. Inoltre si risponde anche quando le cose che si debbono restituire siano perite per caso fortuito. Il principio generale è che nessuno risponde del caso fortuito, ma il possessore di mala fede deve rispondere anche di questo. Si applica l'art° 1148 C.C. da cui si ricava che chi detiene la cosa altrui in mala fede, sapendo che non vi ha diritto risponde anche della perdita cagionata da caso fortuito. Va però eccettuata, argomentando dall'art° 1298 una sola ipotesi, cioè quando provi che questa cosa, ancorché non fosse stata illegittimamente ritenuta, sarebbe ugualmente perita presso il proprietario. Perciò lo stesso principio varrà anche per l'erede apparente

di mala fede. Adduciamo qualche esempio a chiarimento della teoria. Una casa è distrutta dal terremoto. Certamente il possessore di buona fede non deve rispondere; ma deve rispondere forse il possessore di mala fede? No, perchè il terremoto è un fatto tale che avrebbe distrutto la casa anche se questa si fosse trovata presso colui che aveva diritto ad averla. Invece se il caso fortuito è di tale natura che non avrebbe colpito la cosa se questa fosse stata posseduta dal proprietario, allora il possessore di mala fede deve rispondere del caso fortuito. Un gregge ereditario, poniamo, è perito per malattia contagiosa, comunicata dagli animali appartenenti all'erede apparente di mala fede; in questo caso egli sarà tenuto a rispondere del caso fortuito; perchè se il gregge si fosse trovato in possesso dell'erede vero, non sarebbe accaduto il contagio. Ecco il concetto della legge quale deriva dall'art° 1298; che la mora è causa di responsabilità del caso fortuito. Che significa mora? Significa ritardo colpevole ad adempiere le obbligazioni. Il possessore di mala fede è perciò stesso in mora, egli non doveva mai entrare nel possesso della cosa, e se v'è entrato è in mora fin dal primo istante in cui cominciò il possesso. Ecco la prima differenza importante per gli effetti tra erede apparente di buona fede e quello di mala fede. Seconda conseguenza. Non soltanto fanno parte del=

l'eredità le cose fruttifere o infruttifere, ma anche i frutti naturali o civili che da esse derivano. Per principio generale l'erede apparente dovrebbe restituire i frutti, gl'interessi del capitale. Infatti posto il principio che l'eredità sia un universum jus, in essa si comprendono tutti i vantaggi ereditari, e perciò non solo le cose capitali, ma anche i frutti, il che viene espresso dalla massima tradizionale «fructus augent haereditatem». Onde, in tesi astratta, segue che chi pretende l'eredità ha il diritto anche di pretendere i frutti. Però questo principio ha ricevuto una limitazione non solo nel diritto nostro, ma anche nel Diritto romano, con diverso criterio però. Su questa diversità di criterio bisogna insistere brevemente. Il diritto romano è partito dal criterio che l'erede apparente di buona fede a differenza di quello di mala fede, dovesse restituire soltanto l'id in quod locupletior factus est. Da questo principio introdotto dal senato consulto Giovenziano derivano delle conseguenze, alcune delle quali sono più rigorose, altre più favorevoli all'erede apparente di quelle derivanti dal diritto nostro, che non segue il principio dell'arricchimento per regolare gli obblighi dell'erede apparente di buona fede. Infatti rispetto ai frutti il codice segue lo stesso principio ammesso rispetto al possessore di buona fede di cose singole. Il possessore di buona fede di cose singole deve restituire solo i frutti

pervenuti dopo la domanda giudiziale, mentre i frutti pervenuti prima o che essi siano stati consumati o che siano ancora esistenti, il possessore di buona fede non deve restituirli, ancorchè con cumulo di tali frutti abbia formato un capitale colossale. Perciò non deve restituire nemmeno l'id in quod locupletior factus est. Lo stesso ha luogo per l'erede apparente di buona fede: questi fa suoi tutti i frutti pervenutigli prima della domanda giudiziale, cioè non solo non deve restituire i frutti dissipati, che non hanno lasciato alcuna traccia, ma non deve restituire nemmeno i frutti esistenti in natura, nè deve rimborsare il valore corrispondente dei frutti che abbia capitalizzato (art° 933 C.C. ult. cap.) Così risulta grave la differenza fra il Diritto romano ed il diritto nostro. Perchè il Diritto romano applicando il principio dell'arricchimento rispetto ai frutti riusciva più sfavorevole all'erede apparente di buona fede, inquantochè questi non doveva rendere conto soltanto di quei frutti che non esistevano in natura, e che aveva dissipati senza aumentare così il suo patrimonio; ma doveva restituire tutti i frutti extantes, ancorchè pervenutigli prima dell'inizio della azione e rimborsare il valore di quei frutti consumati che avessero effettivamente cagionato un aumento del patrimonio. Ciò ha luogo per l'erede apparente di buona fede; invece l'erede apparente

di mala fede deve restituire (e ciò si capisce), tutti i frutti percepiti anche prima della domanda giudiziale, e tutti i frutti che avrebbe dovuto percepire e che per incuria non ha percepito.
Terza differenza consequenziale tra l'erede apparente di buona fede e quello di mala fede si ha rispetto alle alienazioni da essi compiute. Poniamo che l'erede apparente ha fatto un'alienazione di beni ereditarî, ha venduto una cosa, ed in cambio ha ricevuto il prezzo. Se l'erede apparente è di buona fede a che cosa è tenuto? La legge dice che è tenuto a dare il prezzo corrispondente ricevuto, e se il prezzo non è stato ancora pagato è tenuto a cedere la sua azione contro il compratore per il conseguimento del prezzo. Invece, qual'è l'obbligo dell'erede apparente di mala fede, se lo erede vero non voglia o non possa agire coll'azione di rivendicazione contro il terzo? L'obbligo è di pagare non già il prezzo ricevuto, ma il valore effettivo della cosa che non si trova nel patrimonio ereditario. Altro è il valore, altro è il prezzo della cosa; il prezzo può coincidere col valore della cosa, ma può essere molte volte inferiore. Ora l'erede apparente di mala fede deve restituire non solo il prezzo, ma il valore effettivo. Supponiamo poi che l'erede apparente abbia donato, abbia costituito una dote alla figlia sui beni ereditarî da lui posseduti: se l'ere-

de è in buona fede, non avendo ricevuto nien=
te in corrispettivo della donazione, nulla deve resti=
tuire; se invece è di mala fede deve restitui=
re il valore effettivo dei beni donati.
Notate peró a tale proposito la grave differenza tra il Diritto romano ed il nostro. Il Diritto romano logica=
mente applicando il principio che l'erede apparente di buona fede dovesse restituire l'id in quod locu=
pletior factus est, veniva alla conseguenza che in caso d'alienazioni da lui fatte, restituire il prezzo ricevuto, solo peró ove non fosse stato dissipa=
to, da un canto; e dall'altro canto, anche tutti i vantaggi che, sia pure in via indiretta, avesse ottenuto dalla fatta alienazione. Cosí se l'erede appa=
rente di buona fede avesse fatto una donazione, ed il donatario, per ricambio di cortesia, gli avesse da=
to qualche cosa, egli era tenuto a dare all'erede anche questa cosa. Ció non segue nel Diritto nostro.
L'erede apparente di buona fede non è tenuto a restituire tutto ció che ha guadagnato in occasio=
ne dell'alienazione della cosa ereditaria, ma ció che ha ricevuto come corrispettivo dell'alienazione.
Cosí se in considerazione della donazione fatta ha ricevuto qualche vantaggio patrimoniale dal do=
natario, non è tenuto a darne conto all'erede ve=
ro. Quindi, se per es, con denaro ereditario ha vinto un terno al lotto, il premio della vincita al gio=
co non è dovuto all'erede. La legge parla soltan=

to di prezzo, e quindi di vero e proprio corrispettivo per la fatta alienazione, anche se non sia in danaro, ma non d'ogni lucro ottenuto per occasione di essa. D'altra parte però se è tenuto a restituire solo ciò che ha ricevuto a titolo di corrispettivo, questo è tenuto a darlo in ogni caso, o che sussista effettivamente, e quindi il suo patrimonio sia aumentato, o che non sussista, perchè dissipato, al contrario di ciò che seguiva per Diritto romano. Il codice nostro parla chiaro: deve restituire il prezzo ricevuto; senza fare distinzioni o limitazioni, e ciò perchè il codice nostro non parte dal principio dell'ingiusto arricchimento. Ciò che si dice per la alienazione deve dirsi per qualsiasi atto di disposizione di beni ereditarî, che abbiano direttamente causato un vantaggio all'erede apparente di buona fede. Onde se egli ha pagato i debiti proprî con denaro ereditario, sebbene non abbia ricevuto materialmente corrispettivo, ha risentito un vantaggio e quindi deve restituire all'erede l'equivalente.

Introdotta l'azione di petizione di eredità, anche il possessore di buona fede deve restituire i frutti che percepisce, dopo la domanda giudiziale; come il possessore di mala fede. Ora si domanda: l'erede apparente di buona fede, dopo l'introduzione del giudizio, dev'essere equiparato completamente al possessore di mala fede? Può dirsi ch'egli sia

un vero e proprio possessore di mala fede, e quindi debba rispondere anche del caso fortuito che durante il giudizio faccia perire una cosa ereditaria? Alcuni credono che l'introduzione del giudizio produce tutti gli effetti della mala fede: se dopo la citazione accade un caso fortuito, l'erede apparente di buona fede deve rispondere come l'erede apparente di mala fede. L'equiparazione è ingiusta. La citazione non mette in mala fede, non costituisce la mora necessaria per aversi la responsabilità del caso fortuito. Quando l'erede apparente di buona fede riceve la citazione, significa perciò stesso che entra in mala fede? No, può benissimo pensare che sia una citazione arrischiata e può conservare la sua coscienza giuridica d'essere erede vero. Perciò non può parlarsi ancora di mora, perchè la mora presuppone la certezza intorno all'esistenza del debito, certezza che non può essere prodotta che dalla sentenza di condanna, non già da una semplice citazione, quando vi sia la buona fede. Perciò non possono ammettersi a carico dell'erede apparente di buona fede le conseguenze che derivano dalla mora, nemmeno dopo l'introduzione del giudizio. Se la legge equipara il possessore di buona fede a quello di mala fede per ciò che concerne i frutti percepiti dopo la domanda giudiziale, quest'equiparazione dipende da una altra ragione ed è che quando c'è una citazione susseguita da sentenza favorevole all'attore il posses=

so si ha per interrotto fin dal momento della domanda; onde il possessore non è più di buona o di mala fede; ma non è più possessore legittimo: c'è la interruzione del possesso e quindi cessano tutti gli effetti del possesso. Abbiamo visto così quali effetti produce la buona fede nell'erede apparente. Ma perchè quegli effetti si possano produrre basta che la buona fede sussista al principio del possesso delle cose ereditarie od è necessario che continui sempre? In altre parole vale qui la massima mala fides superveniens non nocet, oppur no? Per alcuni effetti vale per altri no. Vedemmo che tre sono gli effetti della buona fede: l'erede apparente di buona fede non è responsabile del deperimento delle cose ereditarie; non deve restituire i frutti percepiti prima della domanda giudiziale; non risponde delle alienazioni fatte se non in quanto ha ricevuto qualche cosa. Ora mentre per i due primi effetti vale il principio mala fides superveniens non nocet, rispetto al terzo questo principio non vale. Cioè, il possessore di buona fede, l'erede apparente basta che sia stato di buona fede nel tempo in cui s'è messo nel possesso, perchè non sia responsabile del deperimento delle cose, come pure basta che la buona fede vi sia stata all'inizio del possesso perchè non sia obbligato a restituire i frutti percepiti prima della domanda giudiziaria. Ma

perché egli non debba rispondere delle alienazioni, è necessario che la buona fede non vi sia stata soltanto al tempo in cui s'è immessa nel possesso ma vi sia stata ancora al tempo in cui compì l'alienazione. Questo si rileva dall'art° 933 C.C. cap. 2°. Dunque mentre per regola generale del Diritto nostro *mala fides superveniens non nocet*, invece per questo determinato effetto nuoce, inquantoché la buona fede bisogna che esista non solo all'inizio del possesso delle cose ereditarie, ma anche nel momento stesso in cui si compì l'alienazione.

Abbiamo parlato così degli obblighi dell'erede apparente; parleremo ora dei diritti che esso ha. L'erede apparente, come qualunque possessore ha diritto al rimborso delle spese necessarie ed utili che ha fatto per le cose ereditarie. Questo è principio generale che riguarda qualsiasi possessore e quindi anche che l'erede apparente sia di buona che di mala fede. Anche riguardo alla misura del rimborso vale il principio generale posto rispetto a qualunque possessore, cioè l'erede apparente ha diritto al rimborso delle spese utili, se ed in quanto sussistano i miglioramenti al tempo della petizione d'eredità e nella somma minore tra lo speso ed il migliorato. Anche qui c'è una differenza tra il Diritto romano ed il nostro; mentre per il Diritto romano occorreva in generale la buona fede per il rimborso delle

spese utili e per l'erede apparente la buona fe=
de dava diritto anche al rimborso delle spese volut=
tuarie: il nostro codice non ha fatto questa distin=
zione. Però l'erede apparente di buona fede, quan=
do ha fatto delle spese necessarie od utili ha un
diritto speciale per garentirsi del rimborso, il dirit=
to di ritenzione: cioè diritto di ritardare la re=
stituzione delle cose che dovrebbe restituire, fino a
che non sia rimborsato dalle spese fatte, in occa=
sione delle cose stesse. Questa è conseguenza che
deriva dai principii generali intorno al possesso di
buona fede. Così abbiamo parlato dell'azione di peti=
zione d'eredità.

Lezione XXI^a

Sommario

Il rapporto tra l'erede vero e i terzi - La tutela dei terzi di buona fede che acquistarono a titolo oneroso dall'erede apparente - Natura giuridica dei rapporti tra erede vero e terzi, e tra erede vero ed erede apparente.

Dopo avere studiato i rapporti che passano tra l'erede vero e l'erede apparente, cioè l'azione di petizione d'eredità nei suoi requisiti e nei suoi effetti, c'è bisogno di fare un altro studio complementare, qual'è quello dei rapporti che passano tra l'erede vero ed i terzi che hanno avuto causa dall'erede apparente.

L'erede riuscito vincitore contro l'erede apparente, per i principî generali avrebbe l'azione di rivendicazione contro i terzi che avessero acquistato un bene ereditario dall'erede apparente, poichè essendo stata riconosciuta la sua qualità d'erede vero di fronte all'erede falso ed apparente, tutte le alienazioni compiute da costui, per principio generale di diritto dovrebbero essere considerate nulle e quindi il proprietario cioè l'erede vero avrebbe diritto di rivendicazione contro il terzo possessore della cosa. Tale diritto di rivendicazione contro i terzi è conseguenza d'altri principî an=

che essi d'indole generale. Infatti noi sappiamo che l'accettazione dell'eredità ha effetto retroattivo; quindi consegue la nullità di tutti quei negozî giuridici che medio tempore non sono stati compiuti dall'erede vero, ma da un altro.

In secondo luogo le alienazioni di cose altrui sono nulle, principio che il nostro codice applica in più casi, nel caso di vendita di cose altrui, di pegno di cose altrui, d'ipoteca di cose altrui; principio il quale si formula colla massima tradizionale: « *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse non habet* ». Ora se l'erede apparente non era erede, tutte le alienazioni da lui compiute essendo state fatte dal non domino sono nulle, non trasmettono il diritto di proprietà all'acquirente. Ma il principio che l'erede vero riuscito vincitore avrebbe diritto di rivendicare i beni ereditarî contro il terzo; perchè egli è erede fin dal momento della morte del defunto, e le alienazioni fatte da altri che non era l'erede sono nulle, soffre un limite. Qual'è questo limite? Un limite questo principio lo soffriva anche nel Diritto romano; ma il limite era posto non già a tutela del terzo, ma a tutela dell'erede apparente di buona fede. Abbiamo visto nella passata lezione che anche il Diritto romano, come il nostro, tranne alcune differenze di modalità, tutelava la condizione giuridica dell'erede apparente di

buona fede; inquantochè questi non doveva rispon=
dere che dell' id in quod locupletior factus erat.
Una conseguenza di questo era che se l'erede ap=
parente di buona fede avesse alienate le cose ere=
ditarie, l' erede vero non poteva sempre ed in qual=
siasi caso rivendicare le cose alienate; perchè s'egli a=
vesse rivendicato contro il terzo, costui avrebbe avuto
il diritto d' agire in garenzia per subita evizio=
ne, contro l' erede apparente, il quale così indiretta=
mente sarebbe stato responsabile anche di cose di cui
non s'era arricchito. Facciamo il caso che l' erede
apparente di buona fede avesse venduto un fondo
ricevendo il prezzo di 1000 sesterzî, i quali però non
si trovavano più nel patrimonio di lui. Egli pel
principio del Diritto romano non doveva restituire
nulla, perchè nulla si trovava nel suo patrimo=
nio. Poniamo ora che la legge avesse permesso
all' erede vero d' agire per rivendicazione, il
compratore doveva lasciare il fondo, ma aveva
il diritto di ripetere dall' erede apparente i 1000
sesterzî, in modo tale che ciò che in via di=
retta l' erede apparente di buona fede non era
tenuto a dare, l' avrebbe dovuto in via indiretta
Perciò per salvare il principio che l' erede appa=
rente di buona fede non dovesse essere tenuto
a restituire se non l' id quod locupletior fac=
tus est, il Diritto romano negò l' azione di ri=
vendicazione contro il terzo, ove questi avesse po=

tito sperimentare l'azione di garenzia contro l'erede apparente di buona fede (1). Ma nella legislazione francese, queste norme non vennero riprodotte; non vi è alcuna disposizione intorno all'erede apparente di buona fede e di mala fede, e tanto meno intorno alla sorte che debbono seguire i terzi. Sorse perciò la quistione se dovessero applicarsi al Diritto francese i principî sanciti nel Diritto romano dal senato consulto Giovenziano per regolare la condizione delle alienazioni compiute dall'erede apparente. I terzi debbono subire l'azione di rivendicazione da parte dell'erede, oppure i loro diritti sono salvi? Le alienazioni fatte dall'erede apparente sono valide o sono nulle? Sorsero parecchie opinioni, di cui ecco le principali.

Alcuni ritennero che si dovesse applicare il senato consulto citato e che quindi l'erede non potesse rivendicare i beni ereditarî contro i terzi qualora l'erede apparente l'avesse alienati in buona fede. Ma siffatta opinione ebbe poco seguito, e giustamente. Il senato consulto Giovenziano contiene disposizioni di diritto singolare; le quali non essendo state espressamente riprodotte dal codice, non possono dirsi ancora vigenti sotto l'impe-

(1) Secondo alcuni ciò sarebbe stato introdotto da Giustiniano, interpolando il frammento di Ulpiano l. 25 § 17 d. 5,3 con l'aggiunta: "nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent,, che mal si accorda col responso affermativo. Et puto posse res vindicari.

ro d' esso. Altri ritennero che le alienazioni fat-
te dall'erede apparente dovessero essere rispettate dal-
l'erede vero, qualora ci fossero due condizioni; che
l'erede apparente avesse alienato in buona fede, e
che il terzo avesse acquistato in buona fede; in
altre parole si richiese la buona fede dell'erede e del
terzo. Quest'opinione è più arbitraria della prima
la quale almeno si fondava sulla tradizione sto-
rica; mentre per questa seconda non vi era alcu-
no appoggio inquantochè il Diritto romano prescin-
deva dalla buona fede del terzo e badava solo a
quella dell' erede apparente. La terza opinione è
la più logica, anzi la sola logica, cioè: le aliena-
zioni fatte dall' erede apparente sia pure di buo-
na fede, e sia pure ad un terzo di buona fede.
anch' esse sono alienazioni nulle, in base al prin-
cipio generale che nessuno può trasmettere un di-
ritto che non ha e che quindi chi aliena u-
na cosa altrui aliena inefficacemente Quest'opi-
nione però sebbene logica, fu trovata poco equa,
e si sostenne un' altra teoria cioè: che qualora
il terzo avesse acquistato in buona fede ed a
titolo oneroso, l'alienazione dovesse essere rispet-
tata. Questa teoria è equa, ma non fondata
sui principî del codice francese. Perciò il nostro
legislatore per risolvere questa controversia nata sot-
to l' impero del codice francese, volle per la pri-
ma introdurre quel criterio d' equità prevalente

nella giurisprudenza francese, disponendo che qualora i terzi avessero acquistato dall'erede apparente di buona fede ed a titolo oneroso, i loro diritti dovessero essere rispettati (art° 933 C.C.) - Esaminiamo questa disposizione degna di studio, perchè malgrado la sua semplicità e chiarezza non sempre è stata esattamente compresa dalla giurisprudenza, la quale spesse volte ha confuso due rapporti essenzialmente distinti, cioè il rapporto tra l'erede vero e l'erede apparente ed il rapporto tra l'erede vero e i terzi. Rapporti codesti distinti e da non confondersi, perchè può benissimo darsi il caso che l'erede apparente sia di buona fede, e ciò non ostante le alienazioni fatte da lui non debbano rispettarsi, perchè il terzo è di mala fede; oppure al contrario, l'erede apparente può essere di mala fede, ed il terzo può essere di buona fede; ed allora le alienazioni debbono rispettarsi, non ostante la mala fede dell'erede apparente. Abbiamo studiato il primo rapporto nella passata lezione, dobbiamo ora studiare il secondo.

Qual'è il fondamento di questa limitazione al principio generale di diritto che chi acquista dal non domino, acquista male? A questo principio generale, è da notare anzitutto, si fanno parecchie eccezioni.

L'art° 707 del codice civile, dice che il posses-

so di buona fede dei beni mobili vale titolo rispetto al terzo. Così pure chi acquista in buona fede e con giusto titolo, in base al possesso decennale acquista validamente. La terza eccezione è questa dell' art° 933, per il quale chi acquista dall'erede apparente, a titolo oneroso ed in buona fede acquista validamente. L' art° 707 si giustifica storicamente e praticamente colla considerazione che i mobili sono di facile trasmissione, e se si volesse anche per loro richiedere le forme solenni occorrenti per la trasmissione degl' immobili, il commercio sarebbe impacciato. L' usucapione decennale anch' essa si giustifica: c'è il fatto del possesso, protratto per un certo tempo congiunto all' inerzia del proprietario vero. Ma come si giustifica l'art° 933? Non può valere la giustificazione propria dell' art° 707: nè la giustificazione dell' usucapione decennale, perchè per l' art° 933 non è rispettata l' alienazione di cose mobili soltanto, perchè altrimenti esso sarebbe inutile, bastando l' art° 707; ma nello art° 933 si dice ch'è rispettata l' alienazione anche di cose immobili, fatta dal proprietario falso ad un terzo, e l' alienazione è rispettata senza che il terzo acquirente abbia posseduto la cosa per un tempo qualsiasi, perchè se ci fosse l' usucapione decennale, tutto si comprenderebbe facilmente e non vi sarebbe

niente di singolare
Cosicchè, mentre chi acquista da un proprietario apparente, ossia da un dominus che vanti in suo favore un titolo tra vivi, l'acquirente non acquista niente se non quando abbia posseduto in buona fede per 10 anni e vi sia la trascrizione del titolo; qui invece abbiamo che il terzo che acquista da chi vanta in suo favore un titolo ereditario, acquista validamente per il solo fatto che è in buona fede, e che l'acquisto è a titolo oneroso. Come si giustifica questa differenza tra l'acquisto compiuto contrattando ed non domino, che si fonda su un atto tra vivi e quello compiuto contrattando col non dominus che vanti in suo favore un'acquisto mortis causa? Mentre quando alcuno si spaccia proprietario per un titolo tra vivi, si può più o meno approssimativamente con indagini opportune, conoscere se quel titolo esista o pur no, se sia giustificato da una serie precedente di titoli o dalla prescrizione; invece quando alcuno si spaccia proprietario della cosa per la sua qualità di erede, come si fa ad indagare se la qualità d'erede sussiste oppur no? Infatti una persona presenta al compratore un testamento in suo favore; questo testamento può essere revocato, può essere falso, può essere fatto in favore di incapace di succedere etc; come

può il compratore indagare se il testamento è stato revocato oppur no, se sia falso o vero? Egli in generale è costretto a credere che il testamento sia vero e valido. Un tale si spaccia parente in un certo grado col defunto; è difficile provare che non esistano parenti anteriori, molte volte questi parenti ci sono, ma o sono sconosciuti o si trovano in paesi lontanissimi, e quindi sorge la difficoltà d'indagare se chi si spaccia erede sia veramente tale. Date queste difficoltà di verificare se il titolo ereditario sussista oppur no, difficoltà che s'incontrano in molto minor grado nell'acquisto dipendente da atto tra vivi, la legge ha trovato degna di maggior tutela la posizione del terzo il quale acquista dall'erede apparente, anziché quella di chi acquista da uno che vanti per sé un atto tra vivi. A ciò s'aggiunga un'altra ragione giustificatrice: ed è che quando c'è una persona che si spaccia per erede, che compie atti d'erede, il pubblico deve venire nella giusta credenza che questo sia l'erede, dal momento che non vede nessun'altra persona che contesta il diritto di chi si spaccia per erede; l'inerzia dello erede vero è ragione che vale a giustificare la credenza del terzo che colui il quale si sia immesso nel possesso dei beni ereditarî sia l'erede. E finalmente non è a dimenticare che il sistema di pubblicità nel Diritto nostro è imperfettamente

organizzato: mentre le alienazioni tra vivi sono sottoposte a trascrizione, gli acquisti mortis causa, no; quindi manca ancora quel mezzo sebbene imperfetto, di conoscere il proprietario di un immobile, che v'è per gli acquisti tra vivi. Perciò la legge è stata indotta a porre quella norma eccezionale. In tal modo si lede, è vero, il diritto di proprietà individuale, ma questa lesione è richiesta dall'interesse sociale, dall'interesse del credito immobiliare, dalla sicurezza delle contrattazioni, perchè altrimenti sarebbe quasi impossibile che l'erede anche vero potesse alienare i beni ereditarî, potesse contrattare, perchè ognuno avrebbe ragione di temere che un bel giorno spunti un parente più prossimo al defunto, oppure che il testamento sia dichiarato falso o revocato da un altro testamento ignorato.

Esaminiamo ora i requisiti che occorrono perchè abbia luogo siffatta deroga ai principii generali di Diritto; cioè: 1°) la buona fede del terzo, e 2°) la natura onerosa dell'acquisto. La buona fede del terzo non deve confondersi con la buona fede dell'erede apparente; può darsi che l'erede apparente sia in mala fede, sia consapevole di non aver diritto all'eredità e pur agisca come erede, si spacci come tale, allegando a giustificazione il titolo falso; quindi il terzo non ostante la mala fede dell'erede apparente, che è suo autore può essere egli stesso in buona fede, inquantochè non s'accorge della

falsità del testamento, non sa che il testamento sia stato revocato, ignora che vi siano parenti prossimiori al defunto, ecc. D'altra parte l'erede apparente può essere di buona fede e invece può essere di mala fede il terzo: come se l'erede apparente sia un ignorante o un ingenuo, ed invece il terzo sia un furbo, un avvocato per es. che conosce benissimo mancarvi i requisiti legali per la validità del testamento e nonostante finge di non saperlo; in questo caso abbiamo che l'erede apparente è di buona fede, mentre il terzo è di mala fede. Su questo insisto, perchè molte volte la giurisprudenza confondendo i due concetti distinti, ha richiesto perchè il terzo fosse rispettato, che anche l'erede apparente sia in buona fede. La legge invece fa due ipotesi distinte; quella dello erede apparente di buona fede, e l'altra del terzo di buona fede: come diversi sono i rapporti tra l'erede vero e l'apparente, e tra l'erede vero ed il terzo, così diverse sono le ipotesi d'erede apparente di buona fede. Nella prima vanno regolati in modo speciale i rapporti tra erede vero ed erede apparente; nella seconda vengono regolati in modo anche speciale, ma indipendente, i rapporti tra erede vero e terzi.

Chi deve provare la buona fede? Deve provarla il terzo che pretende far salvi i suoi diritti contro l'azione di rivendicazione dell'erede; oppure la buona fede si presume, e quindi spetta all'erede vero,

che intenta l'azione di rivendicazione, provare che il terzo è in mala fede? Comunemente si sostiene che sia principio generale la presunzione della buona fede, e così anche il terzo che ha contrattato coll'erede apparente si presume di buona fede; a lui nessuna prova spetta di fare, spetta invece all'erede provare il contrario. Noi non siamo di tale avviso. La presunzione di buona fede non è un principio generale, e quindi non può avere efficacia fuori dei casi per cui la legge l'ha posta. Ora il nostro codice ammette tale presunzione soltanto in materia di possesso. Si può questa regola posta dalla legge in materia di possesso estendere al caso da noi considerato? Si potrebbe, anzi si dovrebbe, se il terzo fosse rispettato in quanto è possessore di buona fede; ma l'elemento del possesso non v'entra per niente; il terzo acquirente a titolo oneroso purchè sia di buona fede, è rispettato, ancorchè egli non sia entrato nel possesso delle cose, come nel caso in cui le cose vendute non siansi peranco consegnate.

Ora se il terzo dev'essere rispettato, nonostante che non abbia il possesso, vuol dire che non si applica la presunzione propria del possesso di buona fede. Bisogna perciò applicare il principio generale del sistema probatorio, cioè colui che pretende d'avere un diritto deve provare tutti gli estremi per l'esistenza di questo diritto. Siccome qui

si tratta d'un diritto singolare, qual'è quello di essere considerato come legittimo acquirente, pur avendo contrattato con chi non era padrone. Spetta al terzo dimostrare l'esistenza della condizione su cui tale diritto si fonda, cioè la sua buona fede, l'ignoranza dei vizî del titolo del suo autore. Quest'opinione però dalla giurisprudenza non è accolta.

La buona fede dev'essere causata da errore scusabile o può anche fondarsi su errore non scusabile? Su questo punto la giurisprudenza è rigorosa, e ritiene che la buona fede deve fondarsi sopra un errore degno di scusa. Noi invece non siamo di questo parere, perchè non troviamo in nessun luogo del nostro codice richiesta la condizione della scusabilità dell'errore per aversi la buona fede. La condizione della scusabilità è stata posta dai giuristi, i quali partirono da una non retta interpetrazione di alcuni testi di Diritto romano. Perciò, secondo noi, se chi ha contrattato con l'erede apparente ha acquistato pur non usando tutte quelle diligenze che avrebbe dovuto per indagare la verità e così sapere se l'erede fosse il vero successore legittimo o testamentario del defunto, questo non viene a togliere la buona fede, che è uno stato subbiettivo della coscienza, vi sia stata o no la diligenza nella ricerca della verità. Nulla ancora importa se la buona fede sia fondata su un errore di

fatto o su errore di diritto. A tale proposito non ripeterò ciò che ho detto altre volte: anche l'errore di diritto per la nostra legge è fonte di buona fede, e si può invocare come l'errore di fatto, per approfittare di tutte le conseguenze che la legge fa nascere dall'errore. L'errore di diritto non si può invocare solo quando si tratta di sfuggire alle conseguenze che la legge mette a carico di chi trasgredisce le disposizioni della legge, sciente o ignorante ch'egli sia, ma quando la legge prende in considerazione lo stato psicologico di una persona, per accordarle alcuni vantaggi, è indifferente vedere se l'ignoranza cada sul fatto o sul diritto.

Titolo oneroso. Non basta che l'acquirente abbia contrattato in buona fede, bisogna che abbia acquistato a titolo oneroso, perchè per principio generale di diritto tra due persone, di cui una cerca d'evitare un danno, mentre l'altra cerca avere un lucro che non le sarebbe spettato, dev'essere preferito chi cerca d'evitare il danno. Ora se il terzo, sia pure in buona fede, è acquirente a titolo gratuito, costui lotta per avere un lucro che altrimenti non gli sarebbe spettato, mentre l'erede vero che gli contrasta un tal diritto, lotta per evitare un danno che non gli tocca. Onde se ci troviamo di fronte ad un terzo che ha acquistato a titolo gratuito, questo terzo non dev'essere rispettato, perchè la sua tutela non avrebbe fondamento;

perdendo il diritto acquistato non perde niente del suo; perde un vantaggio soltanto; mentre l'erede vero al quale si negasse l'azione di rivendicazione per= derebbe un diritto che è parte del suo patrimonio. Ma quali sono i contratti a titolo oneroso? Il codice dice - convenzione a titolo oneroso - in generale. Che s'in= tende con ciò? Tutte le alienazioni per mezzo di cor= rispettivo, la vendita, la permuta, l'enfiteusi, la costi= tuzione di rendita fondiaria, s'intendono compresi sotto la parola convenzione onerosa. Ma il pagamento dei debiti personali che abbia fatto l'erede apparente al terzo, le convenzioni costitutive d'ipoteca, si debbono considerare come rientranti nella frase adoperata nel nostro codice? Sì; quando il terzo riceve il pa= gamento di un credito, la convenzione che intercede tra lui e l'erede apparente, è a titolo oneroso: il creditore che riceve il soddisfacimento del suo credito, non fa un lucro, non riceve un vantaggio; è vero che in quella convenzione non dà il corrispettivo, ma il corrispettivo c'è stato prima. Così ancora, se il credi= tore personale dell'erede apparente ha avuto un'i= poteca in garenzia del suo credito, perchè la costi= tuzione d'ipoteca presuppone l'esistenza d'un credito, e quindi in sostanza il corrispettivo c'è sempre. Perciò anche queste convenzioni debbono esse= re rispettate. Ma che dirsi della costituzione di do= te? L'erede apparente ha costituito la dote a sua figlia che è andata a marito. Questa convenzione

dotale può essere impugnata dall'erede vero, oppure dev'essere rispettata? Anche qui bisogna richiamare i principî generali intorno alla costituzione di dote. La costituzione di dote è un atto a titolo gratuito rispetto alla dotata; è un atto a titolo oneroso rispetto al marito. Quindi, se l'erede apparente ha fatto una costituzione di dote con beni ereditarî, l'erede vero potrà disconoscere il diritto di nuda proprietà della dotata, inquantochè la dotata ha ricevuto una donazione ma deve rispettare il diritto d'usufrutto che sussiste a favore del marito, perchè costui con tale usufrutto non ha ricevuto un lucro ma solo un mezzo per sostenere gli oneri del matrimonio: l'erede vero in tale caso sarà un nudo propietario, finchè duri il matrimonio. Questo in generale: però la decisione dev'essere modificata in un caso particolare. Supponiamo che l'erede apparente che ha costituito la dote ad una figlia sia in buona fede. Se noi anche in questo caso ammettessimo la rivendicazione contro la dotata, che cosa avverrebbe? Avverrebbe per i principî generali della dote (art° 1396), che la dotata avrebbe il diritto di garenzia per evizione contro il dotante. Ora il codice dispone che l'erede apparente, quando ha alienato in buona fede, non deve restituire altro se non quello che ha ricevuto, invece ammettendo in questo caso specifico l'azione di rivendicazione contro la dotata che avverrebbe? Avverrebbe

che l'erede apparente di buona fede sarebbe responsabile del valore dei beni dotali, quindi risponderebbe indirettamente del valore dei beni alienati, mentre la legge lo esenta da questa responsabilità. Quindi dicevo, se bisogna applicare il principio del resto riconosciuto già dal Diritto romano, che cioè l'erede apparente di buona fede non deve dare indirettamente ciò che non è tenuto a dare direttamente, la ragione logica vuole che in questo caso specifico, siccome la costituzione di dote importa obbligo di garenzia del costituente, se l'erede apparente sia di buona fede non si potrà esercitare l'azione di rivendicazione nè contro la dotata, nè contro il marito perchè ne seguirebbe l'azione di garenzia contro l'erede apparente che essendo in buona fede non è tenuto a nulla, nè in via diretta, nè in via indiretta. Lo stesso deve dirsi delle donazioni gravate di un onere (art° 1077 n. 3) Se ammettiamo l'azione di rivendicazione contro il terzo, siccome il terzo ha la garenzia per evizione fino alla concorrenza dell'onere imposto della donazione, se l'erede apparente verrebbe a rispondere di qualche cosa. Cosicchè per evitare questa incoerenza, l'erede vero non può esercitare l'azione di rivendicazione in tutto e per tutto contro il donatario, potrà esercitarla solo per quei beni che eccedono gli oneri imposti, perchè tanto la costituzione di dote quanto la donazione sub modo, costituiscono in certi limiti dei contratti a titolo oneroso.

Infine giova avvertire che se l'erede vero deve riconoscere come valido l'acquisto oneroso compiuto dal terzo di buona fede, ciò non significa ch'egli non abbia il diritto d'impugnare il contratto compiuto dal terzo coll'erede apparente per altri vizî come son quelli relativi alla capacità ed al consenso. La legge tutelando il terzo di buona fede, presuppone che il suo acquisto si fondi su un titolo avente tutti i requisiti di validità, ed abbia solo il vizio della mancanza del potere di disporre nell'alienante. E invero sarebbe strano che si negasse all'erede vero il diritto d'impugnativa dei contratti compiuti dall'erede apparente in quegli stessi casi in cui l'avrebbe se tali contratti fossero stati conchiusi con lui medesimo. Così spiegato il significato dell'art° 933, bisogna ora confrontarlo con l'art° 707 C.C. perchè abbiamo detto esservi una certa analogia tra l'acquisto che compie il terzo di buona fede dall'erede apparente, e l'acquisto che compie il possessore di buona fede di una cosa mobile: dacchè tanto in un caso che nell'altro v'è una persona che acquista dal non dominio ed efficacemente, in modo tale d'impedire l'azione di rivendicazione del proprietario. Ma se c'è tale analogia, vi sono delle differenze. Lo art° 707 richiede oltre la buona fede il possesso, sia pure istantaneo, materiale, effetti=

so; l'art° 933 non richiede alcun possesso, come ho detto. Il terzo che ha contrattato coll'erede apparente in buona fede è tutelato nei suoi diritti ancorchè non sia possessore.
La seconda differenza è che l'art° 707 si applica a tutti gli acquisti compiuti dal terzo in buona fede anche a quelli a titolo gratuito: il terzo ha avuto in donazione una cosa mobile da chi non poteva disporne, il proprietario non può rivendicarla; perché l'art° 707 parla in generale e non ha riguardo al conflitto tra chi cerca d'evitare un danno e chi cerca conseguire un vantaggio. Un'altra differenza è che l'art° 707 riguarda solo le cose mobili singole e corporali, e i titoli al portatore, non riguardo gl'immobili, le universalità di mobili né i crediti; invece l'art° 933 riguarda qualsiasi acquisto di cose mobili ed immobili ed anche, notate, i diritti di credito. Quindi l'art° 933 non è reso inutile dall'art° 707, essendo diversa la portata di questi articoli. Benissimo può accadere che, anche se l'erede apparente aliena una cosa mobile, si debba invocare non già l'art° 707 ma l'art° 933.
L'erede apparente ha venduto una cosa mobile senza consegnarla al compratore; il compratore in questo caso non può invocare l'art° 707, ma l'art° 933 perchè non è possessore. Vi sono molti altri casi invece, in cui il terzo non potrà invocare lo art° 933, ma l'art° 707. Il terzo per es. ha contrattato

con l'erede apparente ed ha acquistato una cosa mobi=
le a titolo gratuito, ha avuto una donazione di cosa mobile, in questo caso non può applicarsi l'art° 933, perchè presuppone la contrattazione a titolo oneroso. Ma ove il terzo che ha contrattato con l'erede apparente è possessore di buona fede di cose mobili, se non po=
trà invocare l'art° 933, invocherà l'art° 707 il quale non fa distinzione fra le varie specie d'acquisto. Così esposti i rapporti tra l'erede ed il terzo, vediamo qua=
le sia la loro natura giuridica. Alcuni hanno afferma=
to che l'erede vero sia un dante causa del terzo, e che il terzo sia un avente causa dall'erede vero. Questa opi=
nione è erronea, perchè se il terzo dovesse essere conside=
rato come un avente causa dall'erede vero, non si saprebbe spiegare come l'erede vero in molti casi ab=
bia l'azione contro il terzo; quali sono il caso in cui sia in mala fede, quello in cui ha acquistato a titolo gratuito, perchè in simili casi il vero dante causa non avrebbe tale diritto; invece i varî casi di impugnativa si spiegano ammettendo che il terzo è un vero terzo, cioè un estraneo all'erede. Se egli è tutelato dalla legge, è tutelato non già perchè avente causa dall'erede vero, ma nonostante che tale non sia, per ragioni d'equità, come abbia=
mo visto. Similmente non può dirsi, come dicono quasi tutti gli autori che l'erede vero sia egli stesso un'avente causa dall'erede apparente. Ciò è assurdo, perchè non si può ammettere che uno che ha il di=

ritto abbia causa da uno che non l'ha. E poi come potrebbe disconoscere gli acquisti a titolo gratuito, e quelli compiuti in mala fede se fosse un avente causa dall'erede apparente, il quale è tenuto in forza del contratto a rispettare tutte le alienazioni da lui fatte? Se l'erede vero è tenuto a rispettare gli atti compiuti dall'erede apparente in certi limiti, egli è tenuto a ciò, non perchè sia rappresentato dallo erede apparente, ma per speciale disposizione di legge. Quindi nei rapporti tra l'erede vero e l'erede apparente, l'erede vero è un estraneo, non è un rappresentato: la legge, è vero, fa derivare gli stessi effetti che deriverebbero se queste due persone fossero rappresentanti l'una dell'altra, ma ciò per un principio speciale, non già pel principio generale intorno alla rappresentanza

---

Lezione XXIIa

Sommario

L'azione di riduzione delle liberalità lesive della riserva - A chi spetta - Operazioni preliminari 1°) Formazione della massa ereditaria - 2°) Stima dei beni formanti la massa - 3°) Imputazione delle donazioni - Le varie specie di donazioni sottoposte a riduzione - Atti che per legge si presumono donazioni simulate sotto forma di contratti onerosi: esame dello art° 881 cod. civ.

Oltre l'azione di petizione d'eredità che spetta a qualsiasi erede, c'è un'altra azione che spetta, non a qualsiasi erede, bensì all'erede che abbia la qualità di riservatario. È noto come la legge riservi una quota di patrimonio in favore di certe persone, cosicchè il titolare del patrimonio non ne può disporre a suo piacimento senza ledere il diritto del riservatario o legittimario; il quale perciò ha diritto per legge ad una quota d'eredità del defunto, ancorchè costui non si sia curato di parlarne nel testamento, o ancorchè, essendo morto intestato, abbia disposto di tutti i suoi beni per atto tra vivi a titolo gratuito. A garenzia di tale diritto successorio l'erede riservatario ha l'azione di riduzione delle liberalità fatte dal defunto per testamento o per atto tra vivi, quando queste eccedendo la parte di cui il defunto poteva liberamente disporre, vengano a ledere

il diritto alla quota riservata dalla legge.
A chi compete l'azione di riduzione? Compete all'erede riservatario, cioè a colui che per legge ha diritto ad una porzione di legittima e gli spetta tanto se abbia accettata puramente e semplicemente che col beneficio dell'inventario. Però con questa distinzione fatta dal codice nostro, che se l'erede riservatario ha accettato puramente e semplicemente ha l'azione di riduzione soltanto contro le donazioni ed i legati fatti ai coeredi, se invece ha avuto cura d'accettare col beneficio dell'inventario, può esercitarla contro tutti, anche contro gli estranei. Dicemmo a suo tempo come veramente non c'è una buona ragione per questa distinzione. V'ha solo una ragione pratica, ed è che quando l'erede ha accettato col beneficio dell'inventario, si può vedere chiaramente qual'è il patrimonio ereditario netto e quindi qual'è la parte dei beni di cui il defunto poteva disporre; invece quando ha accettato puramente e semplicemente, avvenuta la confusione dei patrimonii, è difficile sapere esattamente quanto il defunto abbia lasciato e quindi se vi sia lesione di legittima. Però anche questa non è una ragione efficace in tutti i casi; perchè anche quando l'erede abbia accettato puramente e semplicemente, pure si potrebbe desumere quanto è effettivamente l'attivo ereditario, ove egli avesse fatto l'inventario; dacchè altro è la confezione dell'inventario, altro è l'accettazione col beneficio dell'inventario. Ad ogni modo questa è la disposizione

di legge, e bisogna piegare il capo. L'azione di riduzione compete all'erede riservatario contro le persone le quali hanno ricevuto una liberalità testamentaria oppure una donazione. Per liberalità testamentaria s'intende non solo il legato ma anche l'istituzione d'erede, perchè anche l'istituzione d'erede può portare lesione alla legittima.

L'azione di riduzione è azione personale o patrimoniale? È patrimoniale perchè mira ad integrare la quota legittima, che senza di essa resterebbe lesa, cioè o diminuita o annientata. Quindi, essendo azione patrimoniale, spetta anche agli eredi ed agli aventi causa dell'erede riservatario; quali sono i creditori personali di esso; (art° 1092). Però non spetta ai creditori del defunto, nè ai legatari o agli altri donatari: la legge ha avuto cura di dire ciò espressamente nell'art° 1093 ult. capov., sebbene non ci fosse bisogno di dirlo espressamente. E invero l'azione di riduzione non può spettare ai creditori del defunto, perchè se ha per iscopo d'integrare la quota di riserva lesa dalle liberalità, evidentemente presuppone in chi la intenta la qualità di riservatario. Ora i creditori del defunto non avendo questa qualità, non potrebbero conseguire lo scopo dell'azione. Tanto meno potrebbe spettare ai legatari od ai donatari che non sono riservatari. L'art° 1092 perciò come dicevo, è inutile; ma può essere anche dannoso, in quanto può esser causa di falsi concetti I creditori del defunto, dice quest'articolo, non possono esercitare l'azione di riduzione. Ma quando ciò è vero?

Quando l'erede riservatario che ha diritto ad intentare l'azione di riduzione, abbia accettato l'eredità col beneficio dell'inventario. Ma poniamo che egli abbia accettato puramente e semplicemente, la cosa muta d'aspetto: i creditori del defunto in tale ipotesi hanno il diritto d'esercitare l'azione di riduzione sebbene solo contro i coeredi, perchè, come abbiamo detto, l'azione di riduzione può esercitarsi non solo dall'erede ma dai creditori personali di costui. Ora coll'accettazione pura e semplice i creditori ereditarî, diventano ipso jure creditori personali dell'erede, e diventando tali, sebbene originariamente fossero creditori del defunto, possono esercitare in base all'art° 1234 l'azione di riduzione contro i coeredi del loro debitore. L'art° 1092 invece non distinguendo può produrre delle conseguenze erronee se si prenda alla lettera. Importante è invece la dichiarazione contenuta in quest'articolo, che i creditori del defunto non possono nemmeno approfittarsi della riduzione esercitata da chi ne ha il diritto. Perchè, a prima vista parrebbe che, aumentato colla riduzione lo attivo ereditario, i creditori del defunto potessero soddisfarsi su di esso qual'è dopo la riduzione. Invece no: la loro garenzia è limitata a ciò che il defunto ha lasciato al tempo della sua morte. I beni usciti dal suo patrimonio irrevocabilmente, han cessato in modo definitivo di costituire la garenzia dei creditori: e la riduzione è posta nel solo interesse del riservatario. Questo però vale per le donazioni. Rispetto ai legati praticamente accade il contrario; ma ciò in base al principio

"nemo liberalis nisi liberatus„ in quanto che i creditori, ove l'asse non sia sufficiente, sono preferiti ai legatarî; non già perchè essi possono esercitare l'azione di riduzione; tanto vero che la preferenza dei creditori sui legatarî ha luogo sempre, anche se non v'è diritto a riserva. L'azione di riduzione può esercitarsi dall'erede riservatario, ancorchè durante la vita del defunto egli abbia fatto espressa rinunzia. L'art° 1092 dice espressamente nel capov. 1° che i legittimarî, i loro eredi od aventi causa non possono rinunziare all'azione di riduzione durante la vita del donante, nè con dichiarazione espressa, nè col prestare il loro assenso alla donazione. La rinunzia non è valida per quella stessa ragione per cui sono invalidi tutti i patti riguardanti le future successioni. Invero, l'azione di riduzione spetta ai riservatarî per conseguire la quota che la legge assegna loro anche contro la volontà del defunto. Ora la rinunzia preventiva a quest'azione, significherebbe rinunzia ad avere la quota di riserva, e quindi sarebbe una rinunzia a futura successione; mentre per principio generale tutti i patti successorî sono vietati e le rinunzie a future successioni, in ispecie (art° 954).

In che tempo si può intentare l'azione di riduzione? Non si può intentare prima della morte del de cujus; e ciò perchè l'azione di riduzione ha per base il diritto ereditario, la qualità d'erede e quindi presuppone già nato il diritto alla successione. Durante la vita del defunto, ancorchè costui abbia sperperato tutto il patrimonio in donazioni, e quindi gli eredi riservatarî siano certi

che non rimarrà niente per loro, non possono far ridurre le donazioni compiute, nè impedire che si facciano delle nuove, perchè il loro diritto alla successione non è ancora sorto. Infatti possono premorire al defunto senza lasciare eredi aventi il diritto di rappresentazione: può la persona tenuta alla riserva acquistare prima della morte un lauto patrimonio, quindi manca qualsiasi base ad esercitare il diritto di riduzione che è ancora meramente eventuale. I riservatari possono intentare l'azione di riduzione fino a che non sia trascorso il trentennio, non già dal giorno della donazione, ma dal giorno in cui si aprì la successione, perchè il diritto a quest'azione non nasce che all'apertura della successione.

Data così l'idea generale dell'azione di riduzione dobbiamo fare l'analisi delle varie disposizioni di legge. La legge parla di quest'azione in due luoghi distinti sotto il titolo delle donazioni (art^i 1091-1096), e nel capo delle successioni testamentarie (art^i 821-826), mentre avrebbe fatto meglio a parlarne una volta sola nelle disposizioni comuni alla successione legittima e alla testamentaria; perchè l'azione di riduzione ha luogo in favore dell'erede riservatario, non solo se la successione sia aperta per testamento, ma anche se *ab intestato*, inquantochè in tutti e due i casi può darsi la possibilità della lesione della legittima. Dal complesso delle varie disposizioni di legge possiamo derivare la teoria generale, comune alla successione legittima e testamentaria intorno all'azione di

riduzione.

Abbiamo detto che l'azione di riduzione ha per iscopo d'integrare la legittima, o quota di riserva, ove sia stata lesa dalle liberalità testamentarie, o da donazioni. Essendo questo lo scopo pratico, per esercitarla bisogna fare alcune operazioni preliminari indispensabili per vedere se ed in quanto la quota di riserva sia stata lesa.

Tali operazioni di calcolo si possono ridurre a tre fondamentali:

1°) Formazione della massa ereditaria.

2°) Stima di questa massa.

3°) Imputazione delle liberalità fatte.

Anzitutto bisogna formare la massa ereditaria, cioè bisogna vedere qual'è l'entità del patrimonio del defunto, per poterne dedurre qual'è la quota di cui il defunto poteva disporre e quale quella di cui non poteva. È noto che se il defunto lascia dei discendenti, la quota di riserva è la metà del patrimonio, e perciò per donazioni o per testamento egli non poteva disporre del suo patrimonio oltre della metà. Se lascia soli gli ascendenti, non poteva disporre oltre i 2/3 ed 1/3 doveva lasciarlo integro. Ora per vedere appunto se in fatto il defunto ha ecceduto o no questo limite, è necessario fare il calcolo della massa dei beni. Come si fa? La legge ne fissa il modo nell'art° 822. Anzitutto si vede ciò che ha lasciato il defunto a tempo della sua morte, cioè l'attivo ereditario. Visto qual'è

l'attivo, non s'è fatto tutto, ma si deve fare un'altra operazione, cioè dedurre dall'attivo i debiti, perchè non si può dire che il testatore abbia lasciato 100.000 lire se egli abbia 50 mila lire di debiti. Notate, quest'operazione è importantissima. C'è a tale proposito una grande differenza tra il codice nostro e quello Napoleonico. Il codice Napoleonico, forse inesattamente, dice che bisogna prima valutare i beni ereditarî lasciati effettivamente al tempo della morte, poi bisogna a questi beni aggiungere il valore dei beni donati durante la vita, e dalla massa così formata bisogna sottrarre i debiti. Invece il nostro codice dice diversamente: bisogna prima calcolare i beni lasciati, poi dedurre da questi i debiti, e a ciò che resta dopo tale sottrazione, bisogna aggiungere il valore dei beni donati. Pare che sia la stessa cosa, ma invece è molto diversa, sia praticamente che giuridicamente. Perchè, se i debiti si sottraggono non già dalla massa lasciati dal defunto, ma dalla massa risultante dai beni lasciati più i beni donati, ne viene una conseguenza disastrosa per i donatarî inquantochè essi così dovrebbero subire indirettamente il peso dei debiti, che invece non vengono a sopportare quando la somma dei debiti si sottrae dall'attivo. Facciamo un esempio per chiarire il concetto. Un tale ha lasciato 50 mila lire di attivo, al tempo della sua morte, ed altre 50 mila ha consumato in donazioni; però ha lasciato un passivo di 100 mila lire. Ora se da 100 mila lire che rappresentano la massa formata dai beni lasciati, più i beni donati si

dovessero sottrarre 100 mila di debiti il risultato sarebbe zero, (perchè 100.000 - 100.000 = 0). Onde la conseguenza sarebbe che non poteva il defunto disporre di niente, le 50 mila lire ch'egli ha donato durante la sua vita ai terzi, le ha donate male, poichè niente ha lasciato ai suoi eredi, e quindi costoro avrebbero diritto di ripetere la restituzione di tutte le 50 mila lire donate. I creditori del defunto dovrebbero essere soddisfatti su 50 mila lire lasciate al tempo della morte (l'ipotesi che facciamo è naturalmente quella d'accettazione con beneficio d'inventario) e invece l'erede avrebbe il diritto di prendersi tutte le 50 mila lire date ai donatarî, appunto perchè quella somma rappresenta la metà del patrimonio del defunto che doveva essere riservata agli eredi. Invece procedendo secondo il nostro codice, si ha diverso risultato: da £ 50.000 si sottraggono £ 100.000 e resta una somma negativa (- £ 50.000) il che vuol dire che i creditori ereditarî avranno diritto anche qui a soddisfarsi solo sulle 50.000 lire lasciate; ma l'erede riservatario non potrà pretendere che la metà di 50 mila lire, perchè questa somma rappresenta la massa dei beni che s'ottiene dopo aver depurato l'attivo dal passivo ereditario, ed aver aggiunto il valore dei beni donati, cioè il patrimonio del defunto su cui deve calcolarsi la quota di riserva. In tal modo i donatarî non vengono a perdere tutto, invece con l'altro sistema perderebbero tutto, e così verrebbero a sopportare indirettamente, ed essi soli, il peso dei debiti eredi-

tarii.

Quando si sono sottratti i debiti dall'attivo ereditario, a questo residuo si deve unire, dice la legge, fittiziamente la massa dei beni donati. Che vuol dire fittiziamente? Vuol dire che si fa un'addizione solo per via di calcolo, e non si compie già un conferimento di quei beni in natura. Quando all'attivo ereditario che risulta depurato dai debiti si è riunita la massa dei beni donati; si passa all'altra operazione, cioè la stima dei beni. Infatti se il testatore ha lasciato dei beni stabili o mobili, s'egli ha donato durante la sua vita dei beni mobili o immobili, perchè si possa calcolare la somma di cui poteva disporre è necessario ridurre i beni in denaro. Perchè il valore dei beni sia ridotto in denaro bisogna fare la stima. I beni, se esistono nel patrimonio del defunto, alla sua morte, si stimano secondo il valore che hanno e secondo lo stato in cui si trovano. Tizio muore lasciando dei fondi. Come si debbono apprezzare questi fondi? Secondo il valore che ebbero quando furono acquistati e lo stato in cui allora si trovavano? No, ma bisogna calcolare il valore dei fondi al tempo della morte del defunto e lo stato in cui allora si trovano. Ma che cosa deve dirsi per i beni donati, che pure si debbono riunire fittiziamente alla massa dei beni lasciati? La legge ha seguito un diverso criterio secondo che si tratta di donazione di beni mobili o di immobili. Per i beni immobili, si ha riguar-

do allo stato dei beni al tempo della donazione (cioè non si tiene conto dei miglioramenti o delle deteriorazioni per opera del donatario), e al valore ch'essi beni conservando tale stato, avrebbero avuto alla morte del donante (art° 922). Facciamo il caso che Tizio abbia donato un fondo 30 anni prima della sua morte, e durante questo tempo il fondo per opera dei donatarî ha ricevuto dei miglioramenti. Come si deve stimarlo? Bisogna considerare quale valore avrebbe avuto al tempo della morte del donante, quel fondo se lo stato in cui era al tempo della donazione fosse rimasto immutato.

Per le cose mobili invece la nostra legge ha seguito un altro criterio contrariamente alla legge francese che seguiva unico criterio per tutte le donazioni. Per i mobili, dice il codice, deve guardarsi esclusivamente al valore che essi avevano al tempo in cui furono donati (art° 922); onde, non solo non deve tenersi conto dei miglioramenti o deteriorazioni ch'essi hanno subito, ma nemmeno del diverso valore ch'essi avrebbero avuto al tempo della morte del donante, anche se avessero conservato lo stesso stato in cui erano al tempo della donazione. Per quale ragione tale differenza tra mobili ed immobili? Si adducono diverse ragioni; la migliore però è la seguente: le cose mobili che vengono donate non sono cose che ordinariamente si trovano nel patrimonio del defunto; ma sono cose che s'acquistano appunto per donarle, e quindi si spende una certa somma che non sarebbe uscita dal patrimonio

del testatore, e che si sarebbe perciò trovata al tempo della sua morte, se la donazione non fosse avvenuta; e perciò s'è voluto considerare soltanto il valore che i beni avevano al tempo in cui furono donati. Calcolato in tal guisa il valore dei beni lasciati, depurati dai debiti, ed aggiuntovi il valore dei beni donati, s'ottiene il complessivo valore del patrimonio netto del defunto. Allora si divide la somma così ottenuta in due parti, se il riservatario è un discendente o in modo da ottenere una massa di 2/3 da una parte, 1/3 dall'altra, se il riservatario è un ascendente che ha diritto ad un terzo e si vede così quale sia astrattamente la parte di cui il defunto poteva disporre, e quale quella che doveva riservare. Fatto questo, non è finito ancora tutto; perchè benissimo può risultare dalle operazioni compiute che la somma dei valori donati ecceda la metà od ecceda i 2/3; eppur nondimeno può non esservi luogo a riduzione. Un testatore lascia dei figli: dal calcolo fatto risulta che il patrimonio complessivo è di £ 100.000, mentre le donazioni ascendono a lire 60.000. Si può senz'altro dire che sia lesa la legittima; può senz'altro il riservatario procedere all'azione di riduzione? No, occorre un'altra cosa. Bisogna vedere su quale parte le donazioni fatte si debbono imputare, bisogna cioè procedere ad un'altra operazione che è l'imputazione delle donazioni; giacchè queste debbono essere calcolate non sempre ed esclusivamente sulla parte che rappresenta la disponibile, ma talora

anche sulla parte che rappresenta la riserva. Quando si dice bisogna imputare le donazioni, s'intende che bisogna sottrarre la donazione o dalla quota di riserva; e, solo così si può vedere se v'è eccedenza o no sulla parte disponibile.

La regola generale che si deve tenere presente in tale operazione è molto semplice. Le donazioni siccome sono atti di liberalità volontaria, bisogna imputarle sulla disponibile. Però vi sono delle eccezioni; di cui alcune fondate sulla espressa volontà del donante, altre nella legge la quale si basa sulla presunzione di volontà del donante stesso. In altre parole: le donazioni debbono imputarsi nella quota di riserva, qualora tale sia la volontà espressa o presunta del donante. Quindi debbono imputarsi non già nella disponibile ma nella riserva: 1°) le donazioni fatte espressamente come anticipo di legittima, e 2°) quelle fatte senz'alcuna dichiarazione di dispensa dalla collazione o dalla imputazione al legittimario (art° 1026), 3°) le donazioni contenute nel contratto matrimoniale in favore del coniuge superstite, e tutte le donazioni, soggette per legge a collazione, che siano state fatte in favore del figlio naturale (art° 820). Inoltre debbono imputarsi nella legittima, oltre le donazioni, anche le liberalità testamentarie fatte a un riservatario qualsiasi (art° 1026) e in ispecie quelle in favore del coniuge superstite e dei figli naturali (art° 820). Quando il donante ha compiuto delle donazioni ai legittimari, il semplice fatto che la donazione è in

favore dei legittimari fa presumere che egli abbia voluto anticipare sulla quota legittima che sarebbe pervenuta ai riservatari al momento dell'apertura della successione. Anzi, quando le donazioni o i legati sono fatti ai legittimari, la legge va al di là della volontà del donante o testatore; perchè dispone che se anche si sia espressa dispensa da imputazione nella legittima, tale dispensa non ha efficacia contro i donatari anteriori. In tali casi, dunque, la donazione non deve imputarsi nella disponibile, ma nella quota di riserva; cosicchè anche se tutte le donazioni complessivamente prese superano apparentemente la quota disponibile, pure quest'apparenza può essere contraria alla realtà, perchè se parte delle donazioni furono fatte in anticipazione della legittima, bisogna sottrarle dalla quota di riserva. Supponiamo il caso che l'attivo complessivamente considerato ascende a £ 100.000, di cui 60.000 sono rappresentate da donazioni. Mettiamo che di queste 60.000, £ 20.000 furono fatte a titolo d'anticipata legittima ed ecco che le £ 20.000 di questa donazione non si debbono sottrarre dalla quota disponibile; dimodochè non si può essere nel caso considerato azione di riduzione per lesa legittima, perchè questa fu integralmente rispettata. Perciò la necessità di quest'operazione, che si dice imputazione e che consiste nel calcolare le donazioni o sulla parte legittima o sulla parte disponibile.

Quali sono le donazioni che debbono imputarsi sul

la disponibile? Tutte le donazioni fatte agli estranei, a coloro che non avevano diritto alla riserva, ancorchè parenti, e le donazioni fatte agli stessi legittimari, ma con dispensa espressa di collazione, oppure le donazioni fatte agli stessi legittimari anche senza dispensa di collazione, ove il legittimario premuoia al donante senza lasciare eredi, aventi diritto a succedere per rappresentazione, o se il legittimario rinunzi all'eredità. Invero, nel caso che il legittimario premuoia al donante senza lasciare eredi, aventi il diritto di rappresentazione sottentrano agli altri coeredi, i quali hanno il diritto ed il dovere di considerare la donazione fatta al premorto come se fosse stata fatta ad estraneo, perchè la qualità di legittimario non si acquista che al tempo dell'apertura della successione: al tempo della donazione non può sussistere che la possibilità d'essere legittimari; sicchè la donazione che per se stessa avrebbe dovuto imputarsi nella riserva, ove il donatario avesse acquistato la qualità di legittimario, deve imputarsi nella disponibile, perchè quella qualità non si ebbe mai a causa della premorienza. Parimenti nel caso in cui il legittimario rinunzia all'eredità, egli viene considerato come se mai fosse stato chiamato all'eredità, e quindi come se non fosse riservatario; onde la donazione fattagli non deve imputarsi sulla legittima, ma sulla parte disponibile.

Quando l' imputazione sia stata fatta, allora solo può risultare chiaramente se il defunto ha ecceduto o no i limiti della quota di cui poteva disporre.

Le cose dette fin qua non presentano grande difficoltà; si sono però delle quistioni alle quali debbo accennare brevemente. Prima di tutto di quali donazioni s' intende parlare in materia di riduzione? Abbiamo detto che tutte le donazioni debbono fittiziamente riunirsi alla massa. Ora che s'intende per donazione?

Per donazione la legge intende qualsiasi liberalità ancorchè non sia fatta sotto forma di atto pubblico, non sia vera e propria donazione, quindi anche le donazioni così dette indirette, anche le donazioni simulate sotto apparenza di atto oneroso: tutto ciò insomma che importa un lucro senza corrispettivo.

Non solo non bisogna guardare alla forma, ma nemmeno bisogna guardare al tempo in cui la donazione fu fatta. Supponiamo che la donazione venne fatta 30, 40, 50 anni prima della morte del defunto, essa è soggetta a riduzione. Una sola specie di donazione è eccettuata dalla riunione fittizia, cioè quei regali d'uso che si fanno in occasione di nozze, d'onomastico, ecc; come pure tutto ciò che è dato per elemosina, per sottoscrizione, per pubblica calamità, ecc.

Che dire della costituzione di dote? È essa sog-

setta a riduzione? L'opinione dominante ritiene la affermativa: pochi autori sostengono il contrario. E noi riteniamo che tenuto conto della duplice natura della costituzione di dote si debba venire alla conclusione ch'essa è riducibile solo rispetto alla dotata, per cui è donazione, non già rispetto anche al marito, per cui è atto oneroso. Quindi se la dote è di specie, si dovrà scindere l'usufrutto dalla nuda proprietà: per rispettare quello spettante al marito, e far tornare questa spettante alla moglie nel patrimonio ereditario, per quanto occorre a integrare tale legittima. Se poi si tratta di dote di quantità, siccome la proprietà passa al marito, e la donna non ha che un credito; all'effetto della riduzione dovrà valutarsi questo credito secondo il suo valore al giorno della restituzione di dote, sulla base di un calcolo di probabilità circa la vita dei coniugi e la durata del matrimonio dal cui scioglimento dipende l'esigibilità di esso. (Cf. in questo senso Ascoli - Donazioni - pag. 492-493).

Ma, ciò ch'è più importante si è che vi sono degli atti che pur non essendo in sè delle vere donazioni per presunzione di legge si considerano tali. Di ciò s'occupa l'art° 811 C.C. A prima vista quest'articolo è di colore oscuro; esso è così concepito: « Il valore della piena proprietà dei beni alienati ad un legittimario a capitale perduto o con

riserva d'usufrutto, sarà imputato nella porzione disponibile e l'eccedente sarà conferito nella massa». Dalla lettura di quest'articolo si rileva subito che sono considerate come donazioni perchè si devono imputare nella disponibile e sono soggette a cottazione: 1°) le alienazioni a capitale perduto e 2°) le alienazioni con riserva d'usufrutto, se siano state fatte ad un legittimario. Prima di tutto vediamo che s'intenda per alienazioni a capitale perduto. Tali sono le alienazioni in cui il capitale si può dire perduto, inquantochè non si ha un corrispettivo proporzionato al valore dei beni alienati. Il tipo dell'alienazione a fondo perduto è la cessione d'un fondo, o d'un capitale per avere una rendita vitalizia, perchè la rendita vitalizia che si percepisce non corrisponde, anche complessivamente considerata, al capitale che s'è alienato. Questo perciò, si dice perduto, perchè al tempo della morte dell'alienante non si trova niente nel suo patrimonio, in quanto la rendita cessa col cessar della vita. Un altro caso d'alienazione a fondo perduto è il seguente: Supponiamo che un tale abbia due fondi rustici, ma non abbia una casa. Allora cede un fondo rustico ad un altro, il quale gli concede in cambio l'usufrutto d'una sua casa. L'usufrutto della casa che si dà in cambio della proprietà del fondo rustico, evidentemente non è un corrispettivo del bene

che s'acquista, ma solo è un corrispettivo dei frutti; il capitale è perduto.
L'altro caso che fa la legge nell'artº 811 è l'alienazione con riserva d'usufrutto, alienazioni s'intende, a titolo oneroso, non già gratuito; perchè se si tratti di donazione con riserva o no d'usufrutto, essa è sottoposta alla regola comune a tutte le donazioni, e non nasceva per essa il bisogno di una speciale disposizione di legge. Il caso può essere questo. Un tale vende un fondo, e in luogo d'una parte di prezzo si fa concedere l'usufrutto del fondo stesso che ha venduto. Ora in questi casi, evidentemente, non si può parlare di donazioni vere e proprie; si tratta di alienazioni onerose sebbene il corrispettivo non sia adeguato al valore del bene alienato. Pure la legge le considera per presunzione juris et de jure come donazioni simulate sotto forma di contratti onerose e le sottopone inoltre all'imputazione nella quota disponibile. Perchè la legge ha così disposto? V'è una ragione storica che si trova nella legislazione francese. La legge 17 nevoso anno 77 non solo ridusse a ben piccola cosa la porzione disponibile, ma vietò ancora di donare tale porzione a uno dei successibili. Perciò il legislatore prevedendo che la sua severa disposizione sarebbe stata certo ed assai facilmente elusa per mezzo di convenzioni simulatamente

onerose, e in ispecie di alienazioni a fondo perduto, e vendite con riserva d'usufrutto, dichiarò nulle siffatte alienazioni. Il codice Napoleonico, avendo riconosciuto la libertà di donare la disponibile anche ai successibili, non potè dichiarare la nullità di quelle convenzioni; onde, pur ritenendo la presunzione di frode alla legge e di simulazione, si limitò a considerarle come donazioni, e come donazioni della quota disponibile; tanto più che simili atti per lo più s'adoperano praticamente per nascondere vere donazioni che, senza la presunzione posta dalla legge, sfuggirebbero alla riduzione con danno evidente degli altri legittimari. Quali sono gli estremi perchè si abbia questa presunzione rigorosa di legge? 1°) Anzitutto occorre che vi sia un'alienazione a fondo perduto, o con riserva d'usufrutto in favore dell'alienante. Perciò la presunzione non riguarda la costituzione di rendita perpetua, inquantochè qui il capitale non è perduto, essendo perpetua la rendita, e potendo il debitore avvalersi del diritto di affrancazione col pagare un capitale che è corrispettivo del bene alienato. Nè la presunzione riguarda il caso di alienazione in cui parte del corrispettivo sia una costituzione d'usufrutto sul fondo alienato in favore di un terzo: la legge parla di riserva d'usufrutto, e la riserva non esiste che rispetto all'alienante. 2°) In secondo luogo occorre che l'alienazione a fondo perduto o con riserva d'usufrutto sia fatta al legittimario sia esso ascendente, discendente, figlio naturale

o coniuge superstite dell' alienante. Ma chi dev'essere con_
siderato come legittimario, agli effetti della presunzione;
chi era presuntivamente tale al tempo del contrat_
to, ancorchè non sia realmente al tempo della mor_
te dell' alienante? chi è realmente legittimario al tem_
po dell' apertura della successione, ancorchè non fosse
stato tale in via presuntiva al tempo del contratto?
oppure chi non solo era legittimario presuntivo al tem_
pò del contratto, ma è anche realmente legittimario al
tempo dell' apertura della successione? Certo non basta
avere la qualità di legittimario al tempo della morte del
donante, se non s'era tale presuntivamente al tempo del
contratto; perchè altrimenti mancherebbe la base naturale
e di fatto della presunzione di legge, la quale si
fonda sul sospetto che il de cujus abbia voluto be_
neficare un legittimario solo a danno degli altri. È
necessario dunque che l'alienazione sia stata fatta
a chi presuntivamente era legittimario. Ma occorre
che tale qualità si abbia effettivamente al tempo del_
la morte dell' alienante? No, perchè anche nella ipo_
tesi che tale qualità più non sussista, resta sem_
pre il sospetto di frode, e quindi v'è sempre la
base della presunzione di legge; e perchè altri_
menti si potrebbe eludere facilmente il precetto le_
gislativo mediante rinunzia all' eredità compiuta
dal legittimario. Però, è da notare che non tutti gli
autori consentono in quest'opinione 3°) In terzo luogo la
presunzione di legge non va applicata, se non in favore

di quelli che sono eredi riservatari, in riguardo dei quali fu unicamente introdotta. Onde è possibile la rinunzia ad avvalersi di tale facoltà, non solo dopo l'apertura della successione ma anche prima. Cosicchè, mentre la legge stabilisce la regola generale, che già abbiamo notata, per cui non è possibile rinunziare al diritto di riduzione durante la vita del donante nè con dichiarazione espressa, nè con dichiarazione tacita, qual'è il prestare assenso alla donazione (art° 1092); invece nell'art° 811 si dispone che l'imputazione delle alienazioni a fondo perduto con riserva d'usufrutto e la riduzione di esse (la legge dice impropriamente collazione) non possono domandarsi da quei legittimari che abbiano prestato il loro assenso a simili alienazioni.

Infine è da notare che oltre questa deroga ai principî riguardanti la riduzione delle donazioni la legge ne ha fatto altre due rispetto alle donazioni presunte di cui ci occupiamo per temperare il rigore eccessivo della presunzione assoluta, che però molte volte esser contraria a realtà. Esse sono: 1°) Mentre di regola le donazioni fatte a un legittimario, salvo dispensa espressa, sono da imputare nella legittima; le donazioni presunte di cui ci occupiamo vanno per legge imputate nella disponibile: in tal guisa il legittimario non resterà privo della sua legittima in tutto o in parte, come accadrebbe se, ove l'alienazione fosse stata realmente onerosa, egli l'avesse dovuto imputare come donazione nella legittima. 2°) Mentre di regola i beni donati eccedenti la disponibile

sebbono rilasciarsi in natura, qui la legge parla di valo_
re eccedente la disponibile che deve conferirsi nella massa:
onde il legittimario che ha acquistato uno o più beni per
alienare a fondo perduto o con riserva di usufrutto non
sarà tenuto a subire la riduzione rilasciando in natu_
ra la parte eccedente la disponibile, ma basterà che ne
paghi il valore
La presunzione di legge stabilita nell'art° 811, secondo
l'opinione prevalente, confortata del resto dalla storia e
dalla lettera della legge medesima, non ammette possi_
bilità di prova in contrario.

Lezione XXIIIa

Sommario

Esercizio dell' azione di riduzione - Inefficacia delle disposizioni testamentarie - Riduzione della liberalità testamentaria - Riduzione delle donazioni - Carattere dell' azione di riduzione contro i donatarî - contro i terzi - Insolvibilità d' un donatario - Eccezioni alle regole generali intorno alla riduzione - L' art° 810 - L' art° 826 -

Quando s' è formata la massa ereditaria e si sono imputate le donazioni nella parte legittima o nella disponibile, allora solo si può vedere s' è il caso dell' azione di riduzione.

Possono darsi tre ipotesi: 1°) che la quota disponibile si trovi assorbita dalle donazioni tra vivi; 2°) che le donazioni non assorbano la disponibile sicchè resti un margine anche per le liberalità testamentarie, le quali cumulate con le donazioni eccedono la disponibile; oppure che donazioni non vi siano state, ma le liberalità testamentarie da sole eccedano detta quota; e 3°) finalmente che le donazioni stesse eccedano la quota disponibile.

Nella prima ipotesi, cioè ove la disponibile sia stata tutta esaurita con le donazioni, se non c' è testamento non c' è da far nulla; i legittimarî si contenteranno della riserva, se c' è testamento in cui

siano state fatte delle liberalità (a titolo d'istituzione d'erede o di legato) siccome la quota disponibile è rimasta assorbita dalle donazioni, è evidente che tutte le disposizioni testamentarie a titolo universale o particolare restano senza effetto, perchè con esse il testatore ha disposto di cose di cui non poteva disporre (art° 823)

Nella seconda ipotesi, che cioè la quota disponibile non resti assorbita dalle donazioni, ma venga sorpassata dalle donazioni e liberalità testamentarie prese insieme, o da queste ultime soltanto bisogna procedere alla riduzione delle liberalità testamentarie dimodochè si ha l'inefficacia parziale di queste liberalità. Con qual criterio si procede alla riduzione delle disposizioni testamentarie per cui non basta la quota disponibile? Non si bada anzitutto se si tratti di disposizioni testamentarie a titolo universale o a titolo particolare: tanto le une che le altre sono soggette egualmente a riduzione, senza preferenza di sorta, nè si bada se le liberalità furono fatte in favore di una persona piuttosto che di un'altra; se si contengono in un testamento anteriore o posteriore di data; tutto ciò non importa; si riducono contemporaneamente ed in proporzione della loro entità (art° 824.)

Si capisce la ragione per cui non c'è tra le varie liberalità una preferenza, perchè specialmente nel Diritto nostro istituzione d'erede e legati hanno uguale importanza, non essendo l'istituzione d'erede necessaria per la validità del testamento, e non aver-

do perciò i legati esistenza subordinata e dipendente dall'istituzione d'erede: e d'altra parte tutte le liberalità testamentarie non prendono vita che dal momento della morte del defunto; e quindi la riduzione deve essere simultanea e proporzionale. Però benissimo il defunto può fare eccezione a questa regola. Il testatore può disporre che un legato, un'istituzione di erede, debba essere preferita alle altre liberalità testamentarie; ove egli abbia espresso quest'intenzione in un modo qualsiasi: la liberalità preferita non si deve toccare, se non dopo la riduzione delle altre disposizioni, di modo che solo quando il valore delle altre liberalità non fosse sufficiente a integrare la quota di riserva, si può toccare la liberalità preferita dal testatore. Ciò è giusto perchè la riduzione simultanea e proporzionale delle varie liberalità testamentarie senza distinzione alcuna ha per base la presunzione della volontà del testatore; mancando questa presunzione, la volontà espressa del testatore dev'essere rispettata fino ai limiti della quota disponibile. Ma se il testatore abbia detto in termini assoluti che un dato legato dev'essere sempre rispettato, anche se restasse lesa la legittima, questa volontà non dev'essere rispettata nella sua integrità, ma solo si dovrà procedere alla riduzione della liberalità preferita, dopo aver toccato le altre liberalità (art° 825).

Consideriamo ora l' [illegible] ipotesi, che cioè la quota disponibile sia stata sorpassata dalle stesse donazioni,

allora, come dice la legge, le disposizioni testamentarie sono senz'efficacia, e inoltre per integrare la legittima bisogna procedere alla riduzione delle donazioni. Come si procede a tale riduzione? Non più collo stesso criterio stabilito per le liberalità testamentarie; perchè mentre le liberalità testamentarie avendo efficacia solo dal giorno della morte del testatore, hanno tutte data uguale, onde non ci può essere preferenza tra una liberalità e un'altra, diversamente accade per le donazioni. Queste avvengono in tempi diversi e perciò non possono tutte trattarsi alla stessa stregua: una donazione fatta in tempo in cui il donante poteva ancora disporre liberamente di una parte del suo patrimonio senza menomare la legittima, non può trattarsi come la donazione che fu lesiva della riserva. E poi c'è il principio dell'irrevocabilità della donazione, che non permette di procedere alla riduzione della donazione se non quando ciò è strettamente necessario. Se il criterio ammesso dalla legge per le liberalità testamentarie si fosse applicato alle donazioni, ne sarebbe derivata indirettamente la facoltà nel donante di revocare una donazione già fatta compiendone delle posteriori. Supponiamo che il donante abbia fatta una prima donazione che assorbe tutta la quota disponibile, e dopo ne fa un'altra a persona diversa: se al tempo della sua morte i legittimari avessero diritto di ridurre egualmente le due donazioni, ne verrebbe la conseguenza evidente che il donante colla

seconda donazione avrebbe indirettamente revocata la precedente. Perciò era impossibile accogliere per le donazioni lo stesso criterio seguito per le liberalità testamentarie; onde la legge ha accolto invece il criterio dell'ordine successivo e retrogrado. Il che significa la riduzione doversi incominciare dalla donazione che fu l'ultima in data, e se la riduzione di questa non sia sufficiente si risale alla penultima, poi all'antipenultima e così di seguito fino a risalire alla prima. Questo è detto nell'art° 1093.

Che carattere ha l'azione di riduzione contro i donatarî? L'azione di riduzione che s'esperimenta contro i donatarî è un'azione in risoluzione della donazione. L'azione di riduzione contro i donatarî nell'ordine stabilito dalla legge, importa lo stesso effetto che segue al verificarsi di una condizione risolutiva; in altre parole la legge reputa che quando alcuno avendo eredi riservatarî dona senza limitarsi alla quota disponibile, egli dona sotto la condizione risolutiva se non sia lesa la legittima; perchè la donazione resta sciolta ove ne venga a risultare lesione della quota legittima al tempo della morte del donante. Quindi è un'azione di carattere personale, inquantochè è rivolta contro il donatario, come qualunque altr'azione di risoluzione. La conseguenza è questa: Poniamo che il donatario abbia posseduti i beni donati per 30, 40, 50 anni dal giorno della donazione: ciò non importa, egli non potrà dire: io ho usucapito, perchè non si

tratta d'intentare contro di lui un'azione reale che disconosce il suo diritto di proprietà, ma s'esperimenta un'azione personale, la quale è soggetta soltanto alla prescrizione estintiva trentennale, ad incominciare dal giorno in cui l'azione poteva esercitarsi, cioè dal giorno dell'apertura dell'eredità.
In forza di quest'azione di risoluzione a che cosa è tenuto il donatario? Deve restituire i beni ricevuti, se esistono in natura, come avviene nella risoluzione di qualsiasi contratto; se non può restituirli in natura dovrà restituire il valore. Che cosa avverrà per i frutti? Dovrà restituire tutti i frutti percepiti medio tempore, o avrà diritto di farli suoi? Si deve in altri termini considerare possessore di mala o di buona fede? Non si può dire nè l'una cosa nè l'altra: il donatario che possiede i beni donati prima che si eserciti l'azione di riduzione non si può equiparare al possessore di buona o di mala fede. Egli non è possessore è proprietario, e i principî che concernono il possesso di buona o di mala fede non gli sono applicabili a rigore. A volere applicare rigorosamente il principio della risoluzione ne verrebbe la conseguenza che siccome il contratto si reputa come non mai avvenuto dovrebbe restituire tutto. La legge però ha seguito un criterio diverso. L'art° 1094 C.C. non ha accolto il principio concernente il possesso di buona fede, perchè mentre il donatario considerato come possessore di buona fede verrebbe a fare suoi i frutti fino al

giorno della domanda giudiziale, per la legge nostra invece il donatario fa suoi i frutti fin dal giorno della morte del donante se l'azione è esercitata entro l'anno dalla morte, se dopo, fa suoi i frutti fino al giorno della domanda giudiziale. È questa conseguenza che fa differire il donatario sia dal possessore di buona che di mala fede. Ma l'azione di riduzione sebbene personale ha efficacia reale, nè più nè meno che tutte le azioni di risoluzione e d'annullamento dei contratti, salvo eccezioni poste dalla legge: risoluto cioè il contratto cadono i diritti dei terzi che ne presupponevano l'esistenza e si fondavano su di esso. Di qui segue che sperimentata l'azione di riduzione contro il donatario tutti i diritti acquistati dai terzi medio tempore svaniscono, in base al principio: «resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis». Avviene lo stesso che in tutti i casi in cui si fa un contratto sotto condizione risolutiva, chi acquista una cosa sotto condizione è proprietario fino a che la condizione non si verifica; egli può alienare, ipotecare concedere servitù; ma se la condizione risolutiva si verifica, che cosa accade? Il contratto, considerandosi come non fatto, i diritti dei terzi vengono ad essere risoluti. Perciò, se il donatario ha concesso ipoteca servitù, usufrutto, diritti d'enfiteusi sul fondo donato, sperimentata l'azione di riduzione siccome questi ha efficacia risolutiva i diritti dei terzi cadono. Questo è detto espressamente dal codice nell art° 1095. Qui però debbo

rilevare un' inesattezza nell' espressione della legge. Lo art° 1095 dice: gl' immobili da recuperarsi in conseguenza della riduzione, saranno liberi da ogni debito ed ipoteca contratta dal donatario. Ora i debiti non gravano sul fondo ma sulla persona; sono i pesi reali che gravano sul fondo; la legge ha usato questa parola in senso improprio per indicare gli oneri reali, un aggravio qualsiasi che pesa sul fondo come i debiti sulla persona.

Ma che cosa deve dirsi nel caso che il donatario non abbia costituito semplicemente un diritto reale; ma abbia alienata l' intera proprietà dell' immobile? Volendo applicare il principio «resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis» anche le alienazioni fatte ai terzi dovrebbero svanire, come svanisce il diritto d' usufrutto, d' enfiteusi, di servitù prediale, d' ipoteca acquistato dal terzo. Ma la legge provvedendo alla condizione del terzo ha posto un' eccezione al principio. Quando il fondo acquistato per donazione sia stato alienato dal donatario, solo costui subisce l' azione di riduzione, onde è obbligato a pagare il valore del fondo alienato, tenuto conto dello stato in cui era al tempo della donazione, ed il valore corrente al tempo della morte del donante; e ciò perchè l' acquisto della proprietà fatto dai terzi sia rispettato. Ma supponiamo che l' erede riservatario dopo avere sperimentato la sua azione di riduzione non trovi nulla nel patrimonio del donatario per potersi soddisfare del valore dei beni

immobili donati; che cosa segue? Il riservatario ha diritto d'esercitare la sua azione contro il terzo; cosicché mentre per principio generale l'erede riservatario avrebbe diritto d'agire contro il donatario soltanto, in questo caso può agire contro il terzo. Come agisce contro il terzo? L'azione contro il terzo ha carattere speciale, diverso dall'azione di riduzione, questa è un'azione personale che ha lo scopo di risolvere il contratto, invece l'azione che si sperimenta dopo avvenuta la risoluzione del contratto di donazione, ha carattere d'azione reale. Non è proprio vera rivendicazione, perché il legittimario non deve fare la prova della proprietà dell'immobile che si trova presso il terzo, bastando esibire la sentenza che condanna l'autore del terzo a restituire il fondo donatogli perché eccedente la legittima, e provare che l'escussione dei beni del donatario è riuscita vana; ma è un'azione analoga in quantoché in base alla risoluzione del contratto di donazione i beni si considerano rientrati nel patrimonio del donante, e perciò l'erede ha diritto di perseguirli presso chiunque si trovino. Quest'azione reale contro il terzo la legge la dice azione di riduzione o di rivendicazione il che vuol dire che non è la vera, la propria, l'originaria azione di riduzione, è un'azione conseguenziale all'azione di riduzione che si può chiamare meglio azione di revindica.

Il terzo deve restituire le cose in natura, secondo i principî generali. Se non vuole restituire le cose in na-

tura ha altro diritto? Il codice tace ma giustamen=
te gli autori concordano nel ritenere che il terzo abbia
diritto di pagare all'erede il valore del fondo. E, diverso, se
ove il donatario non può restituire la cosa in natura
per averla alienata, il riservatario deve contentarsi del
valore, onde, solo quando non possa ottenere nemmeno que-
sto per insufficienza dei beni del donatario può rivol-
gersi contro il terzo, ragion vuole che debba contentar-
si che il terzo gli dia quel valore che avrebbe solo po-
tuto pretendere dal donatario, stante la seguita aliena-
zione. A questo proposito debbo richiamare alla vostra men-
te i diversi criterî che ha seguito il codice a tutela dei
terzi. In tutt'altri casi la legge ha salvato i diritti dei
terzi, come per esempio nel caso di revocazione di dona-
zione per ingratitudine o per sopravvenienza di figli
inquantochè i terzi ancorchè sia revocato il titolo
dell'alienante, pure sono rispettati: e ciò senza distinzio-
ni tra acquisti compiuti dai terzi a titolo oneroso o
a titolo gratuito, in buona o in mala fede. Altre
volte la legge ha rispettato i diritti dei terzi ove questi
li avessero acquistati in buona fede e a titolo oneroso,
come nel caso di azione pauliana, e di alienazioni
compiute dall'erede apparente. Qui invece abbiamo che
i terzi non sono rispettati ancorchè siano di buona
fede, cioè ancorchè non sapessero che il loro autore
ha ricevuto una donazione eccedente la quota disponi-
bile, e ancorchè abbiano acquistato a titolo oneroso. La legge
così mentre in certi casi ha voluto proteggere maggiormen-

te i diritti dei terzi, in questo è stata molto rigida ed ha voluto proteggere più il diritto del riservatario che quello dei terzi. Vero è che il terzo che ha acquistato a titolo oneroso avrà sempre la sua azione di garenzia contro l'alienante, ma quest'azione di garenzia è nominale, che non produce effetto pratico; perchè quando è che il riservatario può rivolgersi contro il terzo? Quando non ha trovato nulla nel patrimonio del donatario. Dunque è evidente che il terzo sarà garentito nominalmente dall'azione di garenzia contro l'alienante, inquantochè non troverà niente nel patrimonio di costui, e quindi tutto il danno sarà del terzo. La legge perciò non avendo voluto considerare nemmeno la condizione speciale in cui si trova il terzo quando ha acquistato a titolo oneroso riesce molto dura.

Anche rispetto al terzo bisogna seguire un certo ordine nella riduzione perchè supponiamo che il donatario o legatario abbia alienato i beni in più volte, contro chi si deve sperimentare l'azione di rivendicazione? Contro colui che ha acquistato per ultimo; se non basta, bisogna agire contro il precedente. Si segue insomma lo stesso criterio di ordine successivo e retrogrado che si segue contro i donatarî, perchè è sempre l'ultimo atto quello che viene a ledere la porzione legittima.

La legge però dà l'azione contro il terzo ~~solo~~ quando si tratta di cose immobili; mentre l'azione di riduzione riguarda tutte le donazioni sia mobiliari che immobiliari. Contro il donatario perciò si può sempre sperimentare

l'azione di riduzione; invece quando il donatario ha alienato le cose donate, se sono cose immobili si può sperimentare l'azione contro il terzo, se sono cose mobili non si può sperimentare contro il terzo. La legge ha voluto favorire la circolazione dei beni mobili, tanto è vero che non ha permesso neanche al vero proprietario d'intentare l'azione di rivendicazione contro l'acquirente in buona fede da chi non era proprietario (art° 707).

Qui nasce una quistione importante. Supponiamo che un donatario sia insolvibile, e che sia donatario di cose mobili, dimodochè il riservatario non può rivolgersi contro il terzo. Questa insolvibilità a carico di chi deve andare? Vi sono tre opinioni: alcuni dicono che la insolvibilità del donatario deve andare tutta a danno dell'erede riservatario, il quale non può sperimentare l'azione di riduzione contro il precedente donatario, perchè se è stata l'ultima donazione quella che ha leso la legittima, sarebbe ingiustizia rivolgersi al donatario precedente, il quale potrebbe dire: al tempo in cui ebbi questa donazione, il patrimonio del donante era sufficiente a soddisfare la legittima; se il riservatario ha subito un danno, questo deriva non dalla donazione da me avuta, ma dall'insolvibilità dell'altro donatario. Altri dicono: bisogna che soffra il precedente donatario, perchè non si deve badare se la donazione soggetta a riduzione fu quella che portò la lesione della legittima al tempo in cui la donazione fu fatta; ma bisogna tener conto del risultato finale: se

veramente al tempo della morte del donante, c'è lesione di legittima non è da por mente se al tempo in cui fu fatta una determinata donazione, c'era capienza oppur no; siccome il risultato finale è la lesione della legittima il donatario precedente deve subire la riduzione, e quindi deve sopportare tutti i danni derivanti dall'insolvibilità del susseguente donatario. Queste opinioni sono entrambe rigorose, onde la giurisprudenza e la dottrina prevalenti seguono un'opinione intermedia equitativa. Quando si verifica l'insolvibilità, il valore della donazione fatta al donatario insolvibile, si deve sottrarre dalla massa ereditaria, cosicchè il danno dell'insolvibilità viene ad essere ripartito tanto sui donatarî precedenti che sugli eredi riservatarî. Questa è una risoluzione equitativa, e che venne inculcata dal Pothier per il primo. Queste sono le regole generali intorno all'azione di riduzione delle donazioni e dei legati, poi vi sono le eccezioni un po' difficili, che bisogna studiare.

Una prima eccezione s'incontra nell'art° 810. Il principio generale è che tutte le donazioni anche d'usufrutto sono soggette a riduzione. Per esercitare la riduzione bisogna calcolare il valore dei beni donati. Come si fa a calcolare una donazione d'usufrutto, di rendita vitalizia? Il calcolo non è facile, perchè bisogna tener conto principalmente della probabilità di durata della vita dell'usufruttuario. Ora v'è un caso in cui la legge per impedire questo calcolo appros-

simativo dell'usufrutto o della rendita vitalizia esenta addirittura da riduzione le donazioni d'usufrutto o di rendita vitalizia. Questo caso è considerato dall'art. 810, che a prima vista non riesce molto chiaro. La legge fa l'ipotesi di liberalità testamentarie, ma lo stesso vale anche per le donazioni. Una persona ha donato o ha lasciato per testamento un usufrutto, oppure una rendita vitalizia il cui reddito eccede il reddito della porzione disponibile. Mettiamo che la porzione disponibile sia di tale entità che se ne avrebbe un reddito annuo di £ 1000; invece l'usufrutto o la rendita vitalizia è di £ 1200 annue. Paragonando il reddito dell'usufrutto o la rendita vitalizia col reddito della porzione disponibile, c'è eccedenza e quindi a prima vista parrebbe che questa liberalità fosse soggetta a riduzione. Questo però può non essere vero; ci può essere eccesso nel reddito dell'usufrutto o della rendita vitalizia, senza che vi sia eccesso nel capitale; vi sarebbe eccesso corrispondente qualora l'usufrutto o la rendita vitalizia fossero diritti perpetui, perchè allora l'eccedenza del reddito si riprodurrebbe nel capitale: ma ciò non essendo occorre un calcolo difficile e complicato per costatare se siffatta donazione abbia o no ecceduto la disponibile. La legge non ha voluto questo per la considerazione che quando il testatore od il donante fa la donazione d'usufrutto o di rendita vitalizia, riserva implicitamente e necessariamente la nuda proprietà dei beni dati

in usufrutto, onde gli eredi riservatarî si trovano in questa posizione che da una parte hanno qualche cosa di più di quello che loro spetta a titolo di legittima, in quanto hanno la nuda proprietà della disponibile e d'altra parte attualmente, temporaneamente, ricavano dai beni della riserva meno di quello che avrebbero diritto a ricavare, ove la donazione non vi fosse stata. Perciò sebbene conservino il diritto a ricevere integra la quota di riserva, pure per raggiungere tale scopo la legge proibisce loro di procedere all'operazione regolare della riduzione, che importerebbe il grave inconveniente del calcolo, e invece dà ai legittimarî la facoltà di scelta: o rispettare puramente e semplicemente la donazione o liberalità testamentaria fatta dal loro autore, ed allora hanno diritto alla porzione disponibile in proprietà nuda; o pretendono integra la riserva, ed allora dovranno abbandonare la proprietà della quota disponibile in favore dell'usufruttuario. Il legittimario così potrà vedere se convenga più aver salva la quota di riserva, oppure contentarsi del poco oggi, per avere il molto domani, quando cesserà l'usufrutto o la rendita vitalizia. Perchè si possa fare luogo a questa eccezione si richiede il concorso di certe condizioni rigorose. Anzitutto occorre che l'usufrutto o la rendita vitalizia sia usufrutto unico, rendita vitalizia unica, che comprenda tutta la quota disponibile e la ecceda. D'altra parte si presuppone che gli eredi legittimarî debbano tutti succedere an-

che nella disponibile lasciata in nuda proprietà in parti uguali. Se vi sono più usufrutti, più rendite vitalizie, le quali cumulativamente eccedono il reddito della disponibile, non si applica l'articolo della legge; perchè altrimenti, nel caso che i legittimari non vogliano rispettare la volontà del testatore, bisognerebbe ripartire la porzione disponibile tra i diversi usufruttuari, tra i diversi aventi diritto alla rendita e perciò bisognerebbe ricorrere a quel calcolo di capitalizzazione che la legge vuole eliminare. Non sarebbe nemmeno possibile l'applicazione di quella norma eccezionale quando i legittimari sono istituiti in parti disuguali, perchè in tal caso, ove si preferisse il partito di abbandonare la disponibile, non verrebbe mantenuta la disuguaglianza voluta dal testatore; e il legittimario più favorito verrebbe a trovarsi nella stessa condizione del meno favorito. Perciò l'ipotesi della legge è questa, che vi sia un unico usufrutto, od un'unica rendita vitalizia, che abbracci tutti i beni disponibili e d'altra parte che i legittimari siano istituiti in parti eguali. E che l'art 810 riguardi l'ipotesi di rendita vitalizia unica, risulta anche dall'art° 1791, in cui si dice che anche la costituzione di rendita vitalizia è soggetta a riduzione: onde perchè non vi sia contraddizione tra i due articoli di legge, è forza ammettere che l'art° 810 concerna solo il caso di unica rendita vitalizia che ecceda la disponibile.

Altra eccezione si trova nell'art° 826 La riduzione si ope-

ra in natura. Questa si opera facilmente quando tutta la donazione lede la legittima, perchè allora si restituisce il fondo per intero. Ma supponiamo che la donazione soltanto in parte debba essere ridotta. Come si fa allora? La legge dice nell'art° 826 che quando il legato è soggetto a riduzione e sia di un immobile, la riduzione si fa colla separazione d'altrettanta parte dell'immobile. Supponiamo ora il caso che non possa farsi questo distacco, perchè il fondo verrebbe deprezzato, e non avrebbe nessuna utilità nè per il donatario o legatario, nè per il legittimario; allora subentra il principio generale che si applica quando si deve procedere alla divisione di cose indivisibili o comodamente non divisibili, cioè esse si vendono, affinchè i diritti dei varî comproprietarî si risolvano sul prezzo. A questo principio si fa eccezione nel caso del capoverso di detto articolo. Mentre per principio generale le cose indivisibili o non comodamente divisibili dovrebbero vendersi in modo che nè il donatario o legatario nè il legittimario avrebbe la cosa in natura, la legge vi fa eccezione quando la donazione o il legato ha per oggetto un immobile il cui valore di per sè solo eccede quello della disponibile: distinguendo due ipotesi. 1°) che l'immobile ecceda oltre il quarto il valore della disponibile; 2°) che l'ecceda per una parte inferiore o uguale al quarto di tale valore. Ecco un esempio della prima ipotesi. La legittima è £ 50.000, il valore del fondo donato, legato è £ 90.000, quindi abbiamo un eccesso oltre il quarto. In tal caso il legittimario avrà diritto di avere l'intero immo-

mobile, ed il donatario o legatario avrà diritto a consegui=
re in danaro il valore della disponibile. Invece, se l'ec=
cedenza non superi il quarto, ma sia uguale od infe=
riore al quarto, allora il diritto di ritenere il fondo
spetta al legatario o donatario, non già al legittima=
rio, che invece avrà diritto ad avere in denaro il
valore eccedente la disponibile. Tutto, come si vede
si riduce a calcolare qual'è il valore dell'immobile
in confronto al valore della disponibile; se eccede il
quarto allora il fondo spetta al legittimario, se non
c'è tale eccedenza il fondo spetta al legatario o do=
natario, salvo l'obbligo del rimborso avanti notato.
La legge fa un altro caso ch'è contemplato nell'ultimo
capov. dell'art° 826, cioè che il legatario o donatario sia
nel tempo stesso legittimario; in questo caso il donatario
o legatario può conservare tutto l'immobile anche se
il valore dell'immobile ecceda il quarto della dispo=
nibile perchè però il valore dell'immobile non su=
peri il valore complessivo della disponibile, più quello
della quota di legittima a lui spettante. Questo è
chiaro e non c'era bisogno di disposizione espressa; per=
chè in tal caso non v'è eccezione alle regole genera=
li in quanto il legatario o donatario non conserva nul=
la di più di quello che gli spetta a titolo di legit=
tima da una parte, e di disponibile dall'altro. Piut=
tosto era importante risolvere l'altro caso, quando il
donatario o legatario abbia avuto un fondo il cui
valore eccede la sua legittima e la disponibile riuni=

te insieme. Quale criterio bisogna applicare? Quello stesso indicato nel capov: precedente; se il valore dello immobile non supera di un quarto la sola disponibile, avrà diritto a tenersi tutto l'immobile, se tale eccedenza v'è avrà diritto di conseguire la disponibile in denaro: e ciò si noti, anche se il valore dell'immobile non superi d'un quarto quello della disponibile più la legittima a lui spettante: altrimenti pensando, si viene ad aggiungere alla legge.

Infine è da notare che per l'esatta applicazione dello art° 826 è necessario il concorso di queste condizioni:
1°) che si tratti di unica donazione o unico legato; 2°) che l'unica donazione o l'unico legato abbia per oggetto un solo immobile eccedente la disponibile.

Lezione XXIVª

Sommario

Obblighi dell'erede verso i terzi: cioè del pagamento dei debiti e pesi ereditari - Il principio della divisibilità dei debiti e sue conseguenze. Eccezioni al principio - Il principio della contribuzione proporzionale dei varii coeredi al pagamento dei debiti - Il diritto di regresso in favore di chi abbia pagato l'intero debito ereditario La responsabilità ultra vires: limite in favore dell'erede beneficiato -

Abbiamo parlato fin qui dei diritti dell'erede verso i terzi, ora dobbiamo parlare degli obblighi dell'erede verso i terzi, e quindi, dei diritti dei terzi verso l'erede. Questi obblighi si riassumono nel pagamento dei debiti, e dei pesi dell'eredità. Ogni erede, appunto perchè successore in universum jus, come sottentra al defunto in tutti i rapporti patrimoniali attivi, così sottentra ancora in tutti i rapporti patrimoniali passivi, onde l'obbligo del pagamento dei debiti. Questo principio discende dal concetto stesso dell'eredità e perciò non avrebbe bisogno di speciale dichiarazione della legge, la quale pure ne parla all'artº 1029 - Per quali obbligazioni sono tenuti gli eredi? Gli eredi sono tenuti per tutte le obbligazioni del defunto ad eccezione di quelle che non si trasmettono e di cui

abbiamo parlato di già. Come sono tenuti gli eredi? Se è un solo erede, egli solo risponderà di tutti i debiti; se gli eredi sono più, la responsabilità è proporzionale alla loro quota, perchè siccome i debiti si considerano come facenti parte dell'universum jus; l'universum jus è, per così dire, frazionato in quote non solo per la parte attiva; ma anche per la parte passiva. Questa è conseguenza del tutto logica; ma apporta però nocumento ai creditori ereditarî, perchè mentre questi, vivo il defunto, avevano il diritto di sperimentare la loro azione contro un solo, invece quando sono più gli eredi dell'unico debitore, dividendosi il debito proporzionalmente tra costoro, vengono obbligati ad agire contro più debitori, che presi insieme possono non presentare la stessa garenzia patrimoniale dell'unico debitore originario. Dal principio che gli eredi rispondono dei debiti ereditarî proporzionatamente alle loro quote, ne deriva che tutti i debiti in generale tranne le eccezioni di cui parleremo, sono debiti i quali si dividono ipso jure ipsoque facto tra gli eredi, al momento stesso della morte del loro autore. Colla morte d'una persona i debiti vengono divisi proporzionalmente alle singole quote dei varî eredi, senza bisogno e prima che costoro addivengano alla divisione. Da tale principio che si trova fin nel Diritto antichissimo romano, derivano varie conseguenze. Una si è che anche i debiti per quali il defunto era tenuto col vincolo della solidarietà si dividono tra i coeredi (art.° 1198) Una persona A era

obbligata in solido con un'altra B a pagare una somma di danaro a Tizio. Muore A, uno dei condebitori solidali, la solidarietà si trasmette forse agli eredi? Ciascuno dei vari eredi di A è egli debitore in solido? Niente affatto, tutti i vari coeredi di A uniti insieme saranno responsabili dell'intero debito, onde essi potranno essere convenuti in giudizio dal creditore, senza che questi sia obbligato a convenire l'altro debitore ancora vivente B; ma ciascuno di essi sarà sempre tenuto per la sua quota.

Un'altra conseguenza di quel principio è che, sebbene coll'accettazione pura e semplice avvenga confusione tra i beni del defunto e quello dell'erede, onde questi perde il suo diritto di credito verso il defunto, tale perdita non è totale, ma è limitata alla propria quota ereditaria. Supponiamo che uno di cinque coeredi avesse avuto un credito di £.50.000 verso il defunto. Questo debito di £50.000, avvenuta la confusione, s'estingue forse totalmente? Se fosse unico l'erede, s'estinguerebbe; ma essendo cinque gli eredi, ciascuno dei quali ha una quota uguale a quella dell'altro, così il coerede creditore di £50.000 perde in forza alla confusione il credito per £10.000, ma conserva il credito per le restanti £40.000 che potrà esigere rivolgendosi a ciascuno degli altri coeredi, per avere da ognuno lire 10.000. La confusione così è limitata a ciò che il coerede avrebbe diritto di domandare come creditore ciò che avrebbe dovere di pagare come debitore in proporzione della propria quota.

Un'ultima conseguenza è che ove uno dei coeredi sia insolvente, l'insolvibilità di esso va tutta a danno del creditore, il quale non può pretendere di ripartire la quota dell'insolvente tra gli altri eredi: il che è naturale, dato il principio della divisibilità dei debiti ereditarî, e la conseguente mancanza di solidarietà fra i varî eredi. Però quando si tratti di debito ipotecario il codice dispone che l'insolvenza di un coerede è ripartita in proporzione in tutti gli altri (art° 1031).

Al principio della divisibilità vi sono parecchie eccezioni Anzitutto possono derivare dalla volontà del testatore. Questi può accollare un debito ad uno piuttosto che ad un altro erede, senza che gli altri coeredi siano tenuti a niente. Però si noti, questa imposizione fatta dal testatore, è cosa che riguarda i rapporti dei coeredi tra di loro, non già i rapporti dell'erede verso il terzo; il terzo ha sempre diritto di agire se meglio ciò gli convenga contro tutti i coeredi in proporzione della loro quota. La volontà del testatore non può togliere il diritto che la legge conferisce di avere debitori tutti gli eredi del defunto.

Un'altra eccezione che non ha efficacia rispetto al creditore, si ha nel caso in cui varî coeredi, facendo la divisione si siano accordati fra di loro perchè uno paghi i debiti o un debito solo non pro rata, ma nella totalità, mentre gli altri gli danno in cambio qualche bene ereditario che non gli spetterebbe. Questo è un patto che costituisce accollo dei debiti, e, come tale, non ha

efficacia legale rispetto al creditore ereditario; sicchè costui non è obbligato a convenire in giudizio il solo erede che s'è accollato il debito; tranne però ch'egli non abbia acconsentito all'accollo e non abbia fatto perciò una novazione.

Un'altra eccezione più importante di queste v'è nel caso di debito garentito da ipoteca. Quando v'ha un debito ipotecario, il creditore ha due azioni: azione personale contro il debitore ed azione reale sul fondo ipotecato. Ora per ciò che riguarda l'azione personale, il debito ipotecario è trattato come tutti gli altri debiti, cioè anche il debito ipotecario si ripartisce fra i vari coeredi in proporzione della quota di ciascuno di essi. Ma per ciò che riguarda l'azione reale, non tutti i vari coeredi sono tenuti, e ciò è naturale; se un solo coerede è il possessore del fondo ipotecato in garenzia del debito ereditario, ove il creditore agisca ipotecariamente cioè coll'azione reale ipotecaria, è naturale che non possa agire che contro quello dei coeredi che possiede il fondo ipotecato: perciò questi soltanto risponde ipotecariamente dell'intero debito, come s'esprime l'art° 1029. Supponiamo però che il fondo ipotecato venga espropriato, ma il ricavato non sia sufficiente a soddisfare il creditore, che diritto ha costui? Ha diritto di agire personalmente; ma contro chi? Contro l'espropriato soltanto? No, ma deve rivolgere la sua azione anche contro gli altri coeredi, ripartendo il residuo del credito tra di essi e in proporzione delle loro quote. È perciò che la

legge dice che gli eredi sono tutti obbligati personalmente in proporzione della loro quota, mentre ipotecariamente l'obbligato per l'intero è un solo dei coeredi.
Infine un'eccezione anche più importante si ha nel caso di obbligazioni indivisibili o perché la natura della prestazione è tale da non prestarsi alla divisione (caso assai raro); o perché pure essendo in sé divisibile la prestazione, i contraenti la considerarono indivisibile (caso comunissimo); o infine, perché si tratta di uno dei casi in cui la legge stessa ob incongruitatem solutionis ratealis fa espressa eccezione al principio della divisibilità (artº 1202 e 1205).
Quando s'avvera una di queste eccezioni, cioè quando uno dei coeredi paga l'intero debito o perché questa è stata l'ingiunzione del testatore o per accordo preso tra i varî coeredi o perché si tratta di debito ipotecario o indivisibile, che diritto ha egli contro gli altri? Per sapere che diritto ha bisogna esaminare quali sono i principii generali che regolano la materia della contribuzione ai debiti ereditarî. Non bisogna confondere i principî che dianzi ho spiegato, con questi altri: sono principî corrispondenti, ma non identici.
Ho detto che i debiti si dividono ipso jure tra i varî coeredi del defunto; questo principio della divisibilità si ripercuote poi nei rapporti tra i varî coeredi, in quanto appunto da questo principio deriva che nei rapporti tra i varî coeredi, essi sono l'uno rispetto all'altro tenuti di contribuire al pagamento

dei debiti ereditarî in proporzione delle loro quote. La contribuzione proporzionale al pagamento dei debiti tra i varî coeredi, é conseguenza del principio della divisibilitá. Ma non sempre coincide con esso. Diverso nei rapporti interni tra i varî coeredi, costoro sono obbligati a rilasciare un tanto in proporzione della loro quota per pagare i debiti; e quest'obbligo sussiste anche quando per la natura del debito che é ipotecario o indivisibile, uno solo sia costretto di fronte al creditore a pagare l'intero. E viceversa quando per patto d'accollo intervenuto tra i varî coeredi o per volontá del testatore, uno solo debba pagare il debito, l'obbligo di contribuire proporzionalmente vien meno; eppure ciò nonostante i varî coeredi sono sempre tenuti rispetto al creditore in proporzione della loro quota. Data la possibilitá che la divisibilitá dei debiti ereditarî non sempre coincida coll'obbligo della proporzionale contribuzione al loro pagamento, ne seguono degli effetti degni di nota. 1°) Se il creditore agisce separatamente contro i varî coeredi pel pagamento d'un debito, il quale per volontá del testatore o per patto d'accollo intervenuto tra i varî coeredi, uno solo di essi é tenuto a pagare; la conseguenza sará che i varî coeredi costretti a pagare la loro quota avranno diritto di rimborso contro quelli di loro a cui il debito fu accollato. 2°) Se invece uno solo dei coeredi é stato costretto a pagare l'intero debito, o perché era tenuto in via ipotecaria, o perché il debito era indivisibile, si avrá la

conseguenza inversa: chi ha pagato l'intero avrà diritto di regresso contro gli altri coeredi. Questo diritto di regresso v'è ancora, ove uno dei coeredi, senz'avere l'animus donandi, abbia pagato volontariamente l'intero debito ereditario. Però tale diritto di regresso non si può esercitare contro gli altri coeredi che in proporzione della quota di ciascuno. Supponiamo che uno dei tre coeredi abbia pagato per intero un debito ereditario di lire 6.000, mentr'egli doveva pagare soltanto £ 2.000. Per avere il residuo può agire in regresso contro un solo degli altri coeredi? No, deve agire singolarmente contro gli altri coeredi per avere da ciascuno la propria quota, cioè 2.000 lire da ciascuno. E ciò, notate, s'avvera non solo quando il coerede abbia pagato l'intero debito volontariamente, perchè allora la cosa si capisce, in quanto si tratta di una gestione di negozio nell'interesse degli altri e quindi si ha diritto all'azione parziale di regresso; ma anche nel caso di debiti indivisibili, e di debiti ipotecarî (art° 1029). L'azione di regresso si svolge chiamando in giudizio i varî coeredi, dimodochè ciascuno sia condannato per la propria quota; se si chiama in giudizio un solo, non si può pretendere l'intero. V'è dippiù: tale diritto di regresso non si può esercitare contro ciascuno dei coeredi e per la quota individuale da essi dovuta, anche se il coerede che ha pagato l'intero debito ipotecario, avesse ottenuto surrogazione nei diritti ipotecarî del creditore soddisfatto (art° 1030) Supponiamo che il creditore ereditario

avesse ipoteca su parecchi beni del defunto. Egli ha sperimentato la sua azione ipotecaria contro uno dei coeredi, contro il coerede A, il quale possiede solo u-no dei fondi ipotecati, mentre gli altri sono posse-duti dagli altri coeredi. È principio generale che se il creditore sia soddisfatto da uno solo tra più debi-tori, chi ha pagato il debito, viene surrogato di dirit-to nelle ipoteche che il creditore aveva sui beni degli altri (art 1255). Perciò in base alla legge il coerede ha, che essendo tenuto personalmente per una sola par-te del debito, ha dovuto in forza dell'azione ipoteca-ria pagare l'intero, e quindi pagare per gli altri, è surrogato nella ipoteca spettante al creditore sui be-ni spettati agli altri coeredi. Effetto naturale di tale surrogazione sarebbe che il coerede che ha pagato po-tesse rivolgersi in via ipotecaria contro il coerede pos-sessore dell'altro fondo ipotecato per ottenere l'intero pagamento della parte di debito eccedente la sua quota. Pur nondimeno, la legge dispone diversamente. Nonostante la surrogazione, l'erede che ha pagato lo intero non può sperimentare il diritto di regresso per tutto il residuo contro l'altro debitore ipotecario, ma deve sperimentarlo contro i diversi coeredi per la quota personale di ciascuno (art° 1030). La legge ha voluto fa-re così una eccezione alla regola generale in mate-ria di surrogazione, per lo scopo pratico importante di evitare il circuito delle azioni di regresso. Altrimenti, in-fatti, sarebbe avvenuto che il creditore obbligato a paga-

re ipotecariamente il debito, avendolo pagato, si sarebbe surrogato nei diritti del creditore soddisfatto, e avrebbe avuto il diritto di conseguire tutto il residuo dall'altro coerede; questo a sua volta pagando il dippiù della sua parte avrebbe avuto il diritto di rivolgersi contro il terzo, il terzo contro il quarto e così di seguito. Ma l'ultima parte dell'art° 1030 non si capisce, almeno a prima lettura. Dopo avere enunciata questa regola speciale in materia d'azione di regresso, il codice aggiunge: << il coerede conserva per altro la facoltà di richiedere il pagamento del credito a lui personale, non altrimenti che qualunque altro creditore, detratta la parte che deve sopportare come coerede >>. Vediamo a quale ipotesi la legge si riferisca per comprendere questa parte dell'articolo. Mentre nella prima parte si fa l'ipotesi di un coerede che paga egli solo un debito ereditario che grava su tutti i coeredi, in quest'ultima parte si fa l'ipotesi di un coerede che abbia un diritto di credito verso l'eredità, e si dice: peraltro (ossia non ostante ciò ch'è stato detto nella parte precedente) il coerede conserva il suo diritto contro gli altri suoi coeredi, non altrimenti che qualunque altro creditore. Questo il significato letterale. Ma che vuol dire? Imaginiamo le possibili ipotesi. Supponiamo che si tratti d'erede puro e semplice. Egli per ciò che riguarda la propria quota non ha diritto a niente, in quanto per la confusione segue l'estinzione del credito limitatamente alla quota ereditaria; ma per le parti di debito dovute dagli altri coeredi, egli come qua-

lunque creditore estraneo ha diritto ad avere dai va-
rî coeredi la parte di credito proporzionale alla quota
di ciascuno. Dalla lettera della legge invece parrebbe che
colla parola per altro si voglia fare contrapposto a
ciò che è stato detto precedentemente; e quindi si voglia
significare che il coerede il quale ha un credito perso-
nale contro l'eredità ha diritto di richiedere l'intiero
da ciascuno degli alti coeredi, senza dividere la sua
azione tra gli altri. La qual cosa sarebbe assurda e
contraria agli stessi principii di legge, anzi alle stes-
se parole che ivi si leggono «come qualunque altro
creditore», quando è risaputo che qualunque creditore
è tenuto a dividere la sua azione. Il codice Francese
però parla di coerede col beneficio dell'inventario, ma
anche con quest'aggiunta l'art° diventa oscuro; perchè
l'accettazione con beneficio d'inventario impedisce l'estin-
zione del credito per confusione, ma non conferisce allo
erede beneficiato un diritto maggiore di quello spettante
a un creditore qualsiasi, quale sarebbe quello di non
essere costretto a ripartire il credito fra i varî coeredi
debitori. Come si spiega dunque questa contrapposizione?
Credo di doverla spiegare così: nella prima parte del-
l'articolo si parla di crediti ipotecarî, onde perchè la
contrapposizione sia logica, deve supporsi che anche
nell'ultima parte non si parli che di crediti ipoteca-
rî e non già personali soltanto. Tizio prestò a Cajo £10.000
ed ebbe ipoteca sui varî fondi. Se non fosse stato erede di
Cajo, avrebbe avuto il diritto d'espropriare questi varî fondi; ma

rizio è erede del suo debitore ed a lui è toccato in sorte uno dei fondi ipotecati. Certamente siccome è avvenuta la confusione egli perderà del suo credito la parte proporzionale alla sua quota, e conserva la parte rimanente, contro gli altri coeredi. Ma come lo conserva tale diritto di credito? Lo conserva in modo da dover agire contro ciascuno dei vari coeredi, oppure lo conserva intero, in forza dell'azione ipotecaria? Lo conserva intero in forza dell'azione ipotecaria. Il coerede il quale è creditore ipotecario se perde la sua quota, cioè quella che egli stesso avrebbe dovuto pagare, in base al principio della confusione, non perde il diritto di agire ipotecariamente per tutta la parte rimanente contro gli altri coeredi e non è obbligato a dividere la sua azione. Così riesce intelligibile il contrapposto tra la prima e la seconda parte dell'articolo. La prima riguarda il coerede divenuto creditore ipotecario ex post facto in virtù della surroga; e la seconda riguarda il coerede che fu ab initio era creditore ipotecario.

Un'eccezione al principio generale del regresso che ha ogni coerede che paga l'intero, è segnata nell'art° 1028. Tra i debiti ereditarî vi può essere il pagamento d'una rendita. Supponiamo che il defunto abbia costituito una rendita semplice in favore di una persona che ha dovuto perciò dare l'ipoteca su un fondo. Alla sua morte questo fondo ipotecato in garenzia della ren[illegible] semplice spetta ad un coerede. Dai principî gener[illegible] [illegible]rebbe necessariamente che il coerede che ha avuto questo fondo ipotecato in garenzia della rendita semplice, deve [illegible]gare egli so

lo la rendita annuale per intero, e siccome è tenuto a pagare egli soltanto il debito ipotecario, sebbene non sia tenuto personalmente che per la propria quota, verrebbe anche la conseguenza che ogni volta che egli paga la rendita, avrebbe il diritto di regresso contro gli altri coeredi. Questa sarebbe la conseguenza dei principî generali. Per evitare l'inconveniente pratico d'una periodica azione di regresso la legge ha dato il mezzo che è indicato dall'artº 1028.

Se la rendita è redimibile, come nello esempio riportato, ciascun coerede prima di procedere alla formazione delle quote ereditarie può pretendere che gl'immobili siano affrancati o resi liberi. Il capitale di affranco si pagherà pro rata dai varî coeredi, e così non si avrà un solo coerede tenuto a pagare l'intera rendita, e ad agire in regresso contro gli altri. Se la rendita non è redimibile, come nel caso di rendita vitalizia che deve durare fino che dura la vita dell'individuo, in cui favore fu costituita; oppure anche se trattisi di rendita redimibile, ma gli eredi non abbiano proceduto all'affranco prima della divisione, in questi casi si deve nella disposizione stimare il fondo gravato dalla rendita, detraendo dal valore di esso il capitale corrispondente alla prestazione. Così il coerede cui toccherà il fondo gravato, sarà tenuto a pagare l'intero debito, ma non lo sopporterà per nulla di più di quello che lo sopporterebbe, pagando la propria quota soltanto. Egli ha però l'obbligo di garentire gli altri coeredi dell'esat-

to pagamento della rendita.

Queste sono le regole generali intorno al pagamento dei debiti ereditari. Abbiamo visto che ciascuno è tenuto a pagare una quota del debito proporzionale alla quota ereditaria. Ma fin dove s'estende questa responsabilità proporzionata alla quota ereditaria? Si estende anche ultra vires o è compresa intra vires haereditarias? Il diritto di pagare i debiti per una rata proporzionale alla propria quota è cosa ben diversa dal diritto di pagare una parte del debito in proporzione dell'attivo compreso nella propria quota, sebbene a prima vista possano confondersi facilmente. Tre sono gli eredi, e tutti e tre in parti uguali. C'è un debito di £ 90.000, in modo che ciascuno è tenuto per £ 30.000: così vi è proporzione tra la quota ereditaria e la quota del debito. La quota rappresenta un terzo dell'intero asse; e un terzo appunto del debito dovrà pagare ogni coerede. Ma ciò significa forse che il debito è limitato alle forze ereditarie? Niente affatto; perchè benissimo nella quota che rappresenta la terza parte dell'eredità può darsi non ci sia che un attivo di lire 10.000. Dunque sebbene io sia obbligato a pagare proporzionatamente alla mia quota, questa proporzionalità significa che se la mia quota rappresenta un terzo sarò obbligato per un terzo, se rappresenta un decimo, pagherò per un decimo; ma non significa che effettivamen-

te il pagamento della quota del debito debba rientrare nei limiti dell'attivo contenuto nella quota ereditaria. Pur essendo principio generale, comune a tutti gli eredi che hanno accettato puramente e semplicemente o col beneficio dell'inventario, quello della ripartizione proporzionale del debito secondo la quota ereditaria; bisogna poi vedere come hanno accettato, per sapere se il pagamento sia dovuto intra od ultra vires. Infatti se hanno accettato puramente e semplicemente, debbono pagare, sempre in proporzione della quota, ma ultra vires. Se invece hanno accettato col beneficio dell'inventario sono tenuti sia a pagare i debiti ed i pesi in proporzione delle quote ereditarie, ma hanno però il diritto di pagare limitatamente alle forze ereditarie (art° 968) - Ecco dove si manifesta il particolare vantaggio derivante all'erede dal beneficio d'inventario. Notate a questo proposito che il nostro codice ha risoluto una questione importante agitata sotto il codice francese; cioè che, come per il pagamento dei debiti, lo stesso deve dirsi per il pagamento dei legati. È vero che i legati non sono veri e proprî debiti, perchè il defunto non li aveva in vita, sono dei pesi che sorgono al tempo della morte del defunto; pure la legge tratta alla stessa stregua tanto i crediti che i legati, nel

senso che gli eredi puri e semplici sono obbligati a pagare anche i legati ultra vires. Il Pothier ed altri autori francesi sostenevano che l'erede puro e semplice fosse tenuto a pagare i debiti ultra vires, non già i legati, perchè il legato è un prelevamento dell'eredità, se c'è qualche cosa si paga; altrimenti no. Invece altri sostenevano il contrario. Ora si capisce fino a certo punto che l'erede debba pagare i debiti, anche ultra vires, per rispetto al defunto (il diritto canonico infatti stabilì che la responsabilità dell'erede dovesse essere uguale a quella del defunto per riguardo all'anima sua, che altrimenti sarebbe stata maledetta); ma non si capisce perchè lo erede debba essere obbligato anche ultra vires per il pagamento dei legati, quando il legato non rappresenta altro che una liberalità, e la liberalità per essere tale deve diminuire il patrimonio di chi la fa, non già il patrimonio altrui. Nondimeno la legge ha accolto il principio rigoroso che l'erede puro e semplice deve pagare anche i legati, non solo i debiti ultra vires, al contrario dell'erede col beneficio dell'inventario (art° 968) Inoltre l'erede puro e semplice è tenuto a pagare i debiti ed i legati ereditarii anche se non c'è denaro nell'eredità. Invece quando si tratta d'erede col beneficio dell'inventario, costui non solo ha diritto di pagare entro i limiti delle forze ereditarie, ma ancora ha diritto di pagare coi

beni ereditarî e coi soli beni ereditarî paga intra vires, et cum viribus haereditariis. In un solo caso l'erede beneficiato è tenuto a pagare col denaro proprio, sebbene intra-vires, 1°) quando egli sia stato messo in mora a rendere i conti della sua amministrazione, e non l'abbia reso (art° 969 cap. 1°); e 2°) e quando dopo la liquidazione del conto sia debitore di alcune somme, fino alla concorrenza di queste (art° 969 cap. ult.)-

---

Lezione XXVa

Sommario

Si continua a discorrere delle regole speciali concernenti il pagamento dei debiti da parte dell'erede beneficiato - Indole dell'obbligazione di costui - L'istituto della cessione dei beni ereditarii: sua giustificazione: natura: effetti: forma - Cautele introdotte dalla legge in vantaggio dei creditori, nell'ipotesi d'accettazione beneficiata - Modo di pagamento dei debiti ereditarii e dei legati - Preferenza dei creditori rispetto ai legatarii - Se i creditori ereditarii debbano subire il concorso dei creditori personali dell'erede -

Nell'ultima lezione parlammo delle regole speciali che vi sono circa il pagamento dei debiti, quando l'erede ha accettato col beneficio d'inventario. Da queste regole si desume facilmente quale sia la natura della responsabilità dell'erede beneficiato: a differenza dell'erede puro e semplice, l'erede col beneficio dell'inventario si può dire che non ha obbligazione personale a pagare i debiti ereditarii: la sua obbligazione si può fare rientrare nella categoria delle obbligazioni che si dicono reali (obbligazioni propter rem, ob rem, ratione rei). In generale tutte le obbligazioni sono personali inquantochè il de-

bitore deve soddisfarle con tutto il suo patrimonio presente o futuro. Invece l'obbligazione propter rem ha questa caratteristica, che pur essendo obbligazione e non onere reale, è garentita unicamente da certi beni, a cui è inerente, onde la conseguenza che se il valore della cosa non basta a soddisfare l'obbligazione, il proprietario di essa è esente da qualsiasi responsabilità. Una seconda conseguenza è che passando questa cosa da una persona ad un'altra, passa con la cosa anche l'obbligazione.

E finalmente un'altra conseguenza è che il proprietario della cosa, il quale non è obbligato personalmente, ma intanto risponde in quanto si trova con la cosa in quel rapporto da cui sorge l'obbligazione, si può da questa liberare abbandonando la cosa stessa. Ora queste conseguenze caratteristiche s'incontrano nell'obbligazione che incombe all'erede beneficiato. Se l'erede beneficiato non deve rispondere col proprio patrimonio dei debiti ereditarî, è evidente che questi debiti avendo una garenzia circoscritta ai beni ereditarii, sono debiti i quali ineriscono a questi, e perciò sono obbligazioni non già personali, ma propter rem, inerenti ai beni ereditarî. Dimodochè se ci sono beni ereditarî, c'è garenzia di quest'obbligazione; se non ci sono la garenzia vien meno. Tanto vero che non solo la responsabilità dell'erede è limitata alle forze ereditarie, ma inoltre l'obbligazione dev'essere soddisfatta colle stesse cose ereditarie. Ciò posto si compren-

de anche un'altra conseguenza non rilevata bene dagli autori, conseguenza che ho accennato dianzi esponendo i principii generali delle obbligazioni reali. Una delle conseguenze che derivano dalla natura dell'obbligazione reale è che chi possiede la cosa cui inerisce l'obbligazione può liberarsi da ogni molestia dei creditori abbandonando la cosa, rinunziando al diritto che ha sulla cosa. Questo principio si vede applicato dal codice in più luoghi. Un primo caso è allorquando si parla della communione. Noi sappiamo che i varî communisti sono obbligati a rifare a spese comuni la cosa comune. Questa è un'obbligazione propter rem. Il communista può liberarsi abbandonando la proprietà del muro comune (art° 459).
Un secondo caso è quello in cui il proprietario del fondo servente è obbligato a fare le spese occorrenti per l'esercizio delle servitù; egli se ne può liberare abbandonando il fondo servente (art° 643) Un terzo caso è quello dell'enfiteusi: chi è dominio utile deve pagare il canone. Quest'obbligazione è inerente alla cosa; intanto s'ha l'obbligazione in quanto si è enfiteuta. L'enfiteuta può liberarsi dall'obbligo di pagare il canone abbandonando il fondo enfiteutico, ove una parte notevole di esso sia perita (art° 1560) Un altro caso ancora è quello di un fondo gravato d'ipoteca. Il terzo possessore gravato d'ipoteca può liberarsi dalla procedura d'espropriazione, rilasciando il fondo e ciò perchè non si tratta di obbligazione

personale, ma di obbligazione propter rem (art° 2013).
Ecco i varî casi in cui è attuato il principio generale che ogni qualvolta alcuno ha un'obbligazione propter rem, può liberarsi abbandonando la cosa.
E questo principio generale troviamo applicato dal nostro codice, come dal codice Francese, rispetto all'erede col beneficio d'inventario. Il nostro codice dice che l'erede beneficiario tra gli altri vantaggi ha quello di liberarsi dai debiti ereditarî, cedendo i beni a tutti i creditori, e a tutti i legatarî. Cosicché mentre in generale gli autori non sanno rilevare la connessione tra questo e gli altri vantaggi derivanti dal beneficio d'inventario, invece la connessione è logica ed evidente per le cose dette, perché se l'erede in tanto risponde dei debiti ereditarî in quanto possiede dei beni ereditarî e solo in proporzione di essi, è chiaro, che la sua è una responsabilità propter rem, dimodoché se egli vuole esonerarsi dal pagamento dei debiti, non gli resta che applicare il principio generale in materia di obbligazione propter rem, cioè d'abbandonare i beni ereditarî. Ecco in che consiste la cessione dei beni ereditarî fatta dall'erede col beneficio dell'inventario in favore dei creditori ereditarî.

Posto questo si può meglio risolvere la questione ardua intorno la natura di questa sessione. È dessa una rinunzia all'eredità, è un'alienazione dei beni ereditarî, che non importa perdita della qualità di erede, è finalmente un semplice abbandono dell'am-

ministrazione, del possesso di questi beni senza perdita del diritto di proprietà? Alcuni antichi autori volle-ro sostenere che la cessione dei beni ereditari è una rinunzia all'eredità, perchè quando l'erede beneficiario cede tutti i beni, viene a perdere qualsiasi vantag-gio ereditario, quindi la cessione equivale a rinunzia. Quest'opinione fu presto abbandonata, perchè non è possibile concepire la rinunzia d'eredità dopo che s'è fatta l'accettazione, sia pure col beneficio d'inventa-rio. L'accettazione con beneficio d'inventario fa acqui-stare la qualità d'erede, nè più nè meno che l'accet-tazione pura e semplice. Ora se la qualità d'erede è perpetua non è possibile concepire rinunzia d'eredità dopo l'accettazione. Molti autori che giustamente ritenne-ro che la cessione non importasse rinunzia, andarono all'estremo opposto e dissero: se non è rinunzia al-l'eredità, è una rinunzia semplicemente all'amministrazione dei beni; cioè l'erede col beneficio dell'in-ventario, anche avvalendosi del vantaggio concesso dal-la legge di cedere i beni, non perde la qualità d'e-rede, ma soltanto il diritto d'amministrare l'eredi-tà. L'erede così conserva la proprietà dei beni, onde se un bel giorno vuole rientrare nel possesso dei be-ni ceduti, può rientrarvi. Questo, notate, è il concetto pre-valente anche oggi non solo nella dottrina Francese, ma anche nella dottrina italiana, che come al soli-to ha seguito la francese ciecamente. Quest'opinione pe-rò è insostenibile, per le ragioni spiegate. Gli autori fran

cesi in tanto sostengono quest'opinione in quanto non riconnettono questa disposizione di legge coi principî generali intorno alla natura dell'obbligazione propter rem. Del resto la legge parla di cessione di beni a scopo di liberazione. Ora la parola cessione, nel linguaggio giuridico, denota sempre alienazione, perdita di proprietà; quando una persona lascia la semplice amministrazione, e perde solo il possesso dei beni, non si può parlare di cessione: cessione implica perdita della proprietà. Vero è che non si tratta di rinunzia all'eredità, ma che vuol dire ciò? Dal fatto che l'erede dopo avere accettato non può rinunziare non deriva che non possa cedere tutti i beni ereditarî. Anzi sappiamo che c'è l'istituto della cessione della quota ereditaria, la quale, lungi dall'essere una rinunzia all'eredità presuppone già avvenuta l'accettazione, e importa la conseguenza che il cedente conserva sempre la qualità d'erede, solo perde i beni o mediante corrispettivo o senza corrispettivo. E poi volendo ammettere che cessione significhi rinunzia all'amministrazione, ne verrebbero delle conseguenze pratiche assai strane e tutte ad esclusivo danno dei creditori. Perchè questi sarebbero contro loro voglia costretti ad assumersi l'amministrazione dei beni ereditarî ceduti, e non già nel loro interesse esclusivo, ma anche in quello del cedente che, rimanendo proprietario, potrebbe anche chiedere conto dell'amministrazione, ritoglierla loro quando credesse opportuno, e rimanere [illegible] profitto, senz'alcuna sua noia. Inoltre un-

si raggiungerebbe così lo scopo della legge. La legge non parla di cessione di beni per esonerare l'erede dall'amministrazione, ma parla di cessione di beni allo scopo di liberarlo dai debiti. Ora per ottenere lo scopo della liberazione, la semplice cessione dell'amministrazione non basta; mentre invece per raggiungere lo scopo della liberazione dai debiti, è forza ammettere che non trattasi di semplice cessione di possesso, ma di cessione di proprietà ossia di perdita dei beni stessi a cui è connessa l'obbligazione, inquantochè perduta la proprietà dei beni s'estingue l'obbligo di pagare ciò che riguarda i beni ereditarî. Ammesso questo concetto che credo logico, utile praticamente, oltre che conforme alla legge, derivano varie conseguenze. Mentre secondo l'opinione comune l'erede può sempre, anche fatta la cessione, ridomandare i beni e riprendere la loro amministrazione, invece, secondo noi, una volta fatta rinunzia alla proprietà dei beni, l'erede non può pretendere di rientrare nel possesso di essi. Inoltre secondo la teoria comune, per poter compiere l'atto di cessione di beni, basterebbe che l'erede beneficiario avesse la capacità d'amministrare; invece, accogliendo l'opinione nostra, siccome la cessione importa alienazione, perdita di proprietà, si richiede la capacità di disporre. Una terza conseguenza è che se si trattasse di semplice cessione d'amministrazione, di perdita di possesso, per compiere questo atto non ci sarebbe bisogno d'alcuna forma solen-

ne; invece, secondo noi, importando la cessione alienazione, se nell'eredità vi sono beni immobili occorrerà la forma solenne dell'atto scritto, della trascrizione, perchè ogni rinunzia a proprietà immobiliare deve risultare da atto scritto il quale deve poi essere trascritto.

Come si deve fare praticamente la cessione di beni per ottenere lo scopo della legge? Basta che si compia un atto unilaterale: sebbene la legge parla di cessione, non si può andare all'idea d'un vero contratto, perchè nessun contratto intercede tra lo erede e i creditori o legatarii, in quanto costoro debbono subire tale cessione anche contro la loro volontà. Essi avrebbero maggiore interesse che l'erede stesso amministrasse i beni e li liquidasse; invece non ostante questo loro interesse debbono sopportare che l'erede se ne spogli e che scarichi su loro il peso dell'amministrazione e della liquidazione ereditaria. È evidente dunque che tale cessione non è un contratto; è atto unilaterale; ma questo atto unilaterale per avere efficacia (ciò non dice il codice, ma è intuitivo che così debba essere), occorre notificarlo ai singoli interessati. Un mezzo più spedito per compiere la cessione, è quello di chiamare in giudizio tutti i creditori interessati e tutti i legatarî e ottenere dal magistrato una sentenza dichiarativa di cessione, di liberazione dell'erede beneficiato. Si ha quindi

un procedimento analogo a quello che si ha quando si fa l'offerta reale allo scopo di liberarsi d'un'obbligazione. In qualunque modo venga fatta la cessione, essa deve avere per oggetto tutti i beni; perchè se ha per oggetto soltanto alcuni non avrà l'efficacia voluta dalla legge di liberare l'erede giacchè se tutto il patrimonio ereditario risponde dei debiti, per potere l'erede esimersi dall'obbligo del loro pagamento, è necessario che ceda tutto il patrimonio. Inoltre è necessario che la cessione sia fatta in favore di tutti gl'interessati, perchè se si fa soltanto in favore di uno, non sarà una vera cessione liberatoria, ma una traslazione di proprietà: può essere una donazione, una datio insolutum; ma come tale l'erede col beneficio dell'inventario non può compierla; non può dire a due a tre creditori: vi dò questo perchè vi paghiate dei vostri crediti; facendo ciò egli decadrebbe dal beneficio dell'inventario. Perciò la cessione deve avere per oggetto tutti i beni, e deve essere fatta a tutti i creditori e legatarî.

Abbiamo parlato dei diritti che ha l'erede beneficiario; accanto a questi diritti, quasi come contrappeso ad essi, vi sono degli obblighi, che costituiscono dei limiti alla libera disponibilità dell'erede e delle garenzie in favore dei creditori e dei legatarî. Quali sono questi limiti? Anzitutto un limite e quindi una garenzia dei creditori e legatarii è l'obbligo che ha l'erede beneficiato d'amministrare il patrimonio ereditario, se non preferisce la cessione dei beni. L'erede sebbene proprietario, pure è amministratore nell'interesse dei creditori e dei

legatari. Quest'obbligo importa mancanza del potere di disporre, sicché l'erede non può vendere senza autorizzazione giudiziaria, e senza seguire le forme prescritte dalla legge per la vendita dei beni del minore cioè ai pubblici incanti, tranne che il Tribunale creda opportuno procedere a trattive private. Questa disposizione vale per i beni mobili ed immobili; però per i beni immobili vale sempre, invece per i beni mobili vale solo infra cinque anni dall'aperta successione.

Un'altra garenzia posta nell'interesse dei creditori e dei legatari è il diritto che hanno costoro di chiedere all'erede che amministra il patrimonio, speciale cauzione. Per legge l'erede beneficiario, al contrario degli altri amministratori, non è obbligato a dare cauzione; e ciò si capisce, perché non essendo un puro e semplice amministratore, ma anche un proprietario dei beni che amministra, la legge ha creduto troppo gravoso l'obbligo della cauzione. D'altra parte ha riconosciuto ai creditori il diritto di pretenderla ove essi vedano in pericolo i loro interessi, come nel caso di cattiva amministrazione, di malversazione, ecc. Basta un semplice pericolo perché i creditori possano adire il magistrato e fare obbligare l'erede a dare una sufficiente cauzione, che può essere reale o personale. Questa cauzione deve garentire il denaro che si trova nel patrimonio ereditario, quello ricavato dalla vendita dei beni e i frutti, perché, mentre in generale gli amministratori sono obbligati a depositare il denaro che amministrano nella cassa

di depositi e prestiti, l'erede beneficiario non ha questo obbligo (art° 975)

Un altro mezzo non indicato dalla legge, ma che deriva dai principî generali e che in pratica si usa molte volte, è che i creditori o gli altri interessati possono arrivare a togliere l'amministrazione all'erede beneficiario. Se l'erede offre una cauzione insufficiente, o pure non ne può dare alcuna, ed egli fa nascere il fondato sospetto che possa dissipare il denaro ereditario, i frutti, ecc, allora i creditori o gl'interessati possono ricorrere al magistrato perchè gli tolga l'amministrazione dandola ad una terza persona che offra maggiori garenzie.

Una terza cautela che dà la legge ai creditori ereditarî ed agli altri interessati, è l'obbligo della resa dei conti a cui è tenuto l'erede beneficiario. L'erede beneficiario amministrando il patrimonio ereditario, come qualsiasi amministratore deve rendere il conto esatto della sua amministrazione, e questo conto non deve renderlo soltanto alla fine, dopo cioè di avere liquidato il patrimonio ereditario e d'averlo ridotto in denaro; ma può essere obbligato a darlo in qualunque momento, quando i creditori o gli altri interessati lo credano opportuno. La resa del conto comprende l'attivo ed il passivo. L'attivo comprende tutto il patrimonio, cioè i capitali ed i frutti percepiti e comprende anche i frutti non percepiti per colpa dell'erede, il prezzo dei beni mobili od immobili venduti. Nella parte passiva vanno com-

prese le spese d'amministrazione e tutto ciò che si è pagato per soddisfare i debiti, le spese funerarie, ed anche la tassa di successione (1) Formato così il conto e presentato, si vede se l'erede è debitore o no, se è debitore dovrà rilasciare la somma necessaria per la soddisfazione dei creditori; se invece è creditore, sarà considerato come qualsiasi altro creditore chirografario e quindi avrà diritto al rimborso di ciò che ha speso. Perchè l'erede sia posto in mora è necessario che i creditori o gli altri interessati facciano fissare un termine dal magistrato per la resa dei conti; scorso questo termine, è costituito in mora, e dopo la costituzione in mora è responsabile dei debiti ereditari cum viribus propriis, sebbene sempre intra vires haereditarias (art° 969).

Così abbiamo visto quali sono le cautele che la legge dà in contrappeso ai vantaggi che concede all'erede beneficiario. Dobbiamo passare ora ad un altro argomento ugualmente importante, quello del modo che deve tenere l'erede beneficiario nel pagare i debiti. Abbiamo visto che l'erede non è obbligato a pagare ultra vires et cum viribus propriis. Ora come deve fare per pagare, che procedimento deve seguire? La legge nostra è stata monca, non ha organizzato un sistema di procedura analoga a quella che ha luogo in ca

(1) La controversia che si agitava in Francia e tra i nostri scrittori è risoluta dall'art 91. della legge sul registro Testo Unico del 20 maggio 1897 che dispone: "L'erede beneficiario pagherà la tassa dell'eredità coi fondi ereditari"

so di fallimento. Quando l'attivo è insufficiente a pagare interamente i debiti, la ragione logica voleva che si seguisse un sistema che, analogamente all'istituto del concorso in materia di fallimento, potesse garentire equamente gl'interessi di tutti i creditori, innmodochè uno non venisse soddisfatto a danno degli altri. Questo sistema è accolto nel C.C. Germanico: l'erede beneficiario deve provocare dal Tribunale cosiddetto delle successioni, una amministrazione giudiziale, che ha appunto per iscopo di liquidare tutto il patrimonio, di graduare sul liquidato tutti i creditori secondo l'ordine di preferenza o per contributo. E ove quest'amministrazione giudiziale non sia sufficiente s'apre la procedura di fallimento e vengono applicate tutte le regole che riguardano il fallimento. Invece il nostro codice non ha preso qualsiasi misura che potesse provvedere equamente agl'interessi dei creditori. Anzi ha fatto di più: in omaggio alla libertà personale, l'erede beneficiato non è obbligato nemmeno a liquidare il patrimonio: la legge l'obbliga solo ad amministrare, sicchè egli può mantenersi inerte, passivo, amministrando senza pagare; non ha il dovere di far vendere beni per soddisfare i creditori i quali potranno bene aspettare se aspettano che l'erede liquidi. Ed ammesso che l'erede voglia sobbarcarsi a procedere alla liquidazione, ha forse l'obbligo che avrebbe il curatore del fallimento? No; ancorchè nel patrimonio ereditario vi sia denaro sufficiente per paga[re] i debiti, non deve fare uno stato di

graduazione, informandosi quali siano i creditori ipotecari e quali i creditori chirografari. Tutto ciò non è richiesto dalla legge nostra, la quale segue un sistema del tutto primitivo, secondo me. Bisogna distinguere due ipotesi: l'ipotesi che gl'interessati abbiano fatto opposizione al pagamento di qualsiasi debito, e l'ipotesi in cui nessuno ha curato di fare opposizione. Se i creditori hanno avuto l'accorgimento di fare opposizione, le cose vanno un pò meglio per loro, in quanto l'erede che ha ricevuto opposizione da alcuni creditori non può pagare alcuno, se non nei modi e nelle forme stabilite dall'autorità giudiziaria (art° 976). L'opposizione consiste in qualsiasi atto che importi notificazione all'erede dell'esistenza del creditore e della volontà d'impedire il pagamento dei debiti. Quando c'è l'atto d'opposizione, pur mantenendosi inerte l'erede, c'è sempre un vantaggio dei creditori interessati, perchè essi stessi dovranno promuovere il giudizio innanzi al magistrato, il quale fisserà le forme e i modi con cui i vari creditori dovranno essere pagati, ove naturalmente ci sia denaro ereditario. Stabilito il modo, i creditori che non si presentano nel giudizio di graduazione, perdono il loro diritto ad essere soddisfatti sul denaro ereditario. Di qui può nascere un inconveniente: che solo alcuni siano soddisfatti ed anche interamente sul denaro ereditario, mentre altri che non si sono presentati debbono aspettare la liquidazione dei beni credita-

rù e sobbarcarsi a tutti i rischi ch' essa presenta. Vero è che si usa una certa pubblicità, ma la pubblicità è imperfetta e benissimo può accadere che molti creditori senza loro colpa non si presentino. Ad ogni modo questo è il sistema meno nocivo pei creditori. Invece più nocivo riesce il sistema della legge quando non si faccia opposizione all' erede. In tale caso, dice la legge, passato un mese dal giorno in cui fu trascritta la dichiarazione del beneficio d'inventario, l'erede ha il diritto ed il dovere di pagare i creditori a misura che si presentano (art° 976 cap) Che vuol dire? Vuol dire che un creditore accorto, il quale ha un credito che assorbe tutto il denaro ereditario, se si presenta all' erede, appena trascorso un mese della trascrizione della dichiarazione del beneficio d' inventario, piglierà tutto lui, mentre gli altri che verranno dopo non prenderanno niente perché non troveranno più niente. Cosicché si ha che mentre per principio generale i suoi creditori hanno diritto a concorrere per contributo sul patrimonio, qui può verificarsi che un solo creditore più accorto o più vicino al luogo in cui risiede l'erede, o perché d' accordo coll'erede, riceva tutto, avendo fatto più presto, e gli altri creditori, che hanno un diritto eguale al suo, non avranno niente. Ecco lo inconveniente grave di questa facoltà che concede la legge all' erede beneficiato di pagare i creditori a misura che si presentano, qualora non sia stata

fatta opposizione. A questo principio della libertà di pagamento dei debiti la legge fa due eccezioni (art° 976 - 977) La prima è in vantaggio di quelli che hanno un diritto di privilegio, di pegno o d'ipoteca, in quanto la legge dispone che l'erede deve pagare i creditori e i legatari a misura che si presentano, salvi però i loro diritti di poriorità. La frase «salvi i loro diritti di poriorità» fa nascere molti dubbi. Che significa quest'espressione? Significa che i creditori aventi diritto di prelazione se non trovarono più denaro disponibile hanno diritto di regresso solo contro i creditori anteriormente pagati, oppure significa che lo stesso erede beneficiato quando paga, non deve pagare ad occhi chiusi, ma deve stare attento se vi siano creditori aventi privilegi e se paga ad occhi chiusi paga male? Vi sono due opinioni: io credo che l'erede debba stare attento quando paga. Ad ogni modo questo limite posto dalla legge è più teorico, che pratico, perchè i diritti di poriorità che si possono pretendere sono diritti reali, che hanno per obbietto o cose mobili o cose immobili, mentre in pratica l'ipotesi che fa la legge è che l'erede paghi con denaro che si trova nel patrimonio creditario. Ora siccome il denaro non è obbietto dei diritti reali di garenzia la salvezza di diritti di poriorità è inutile; perchè i privilegi avranno per oggetto certe cose mobili; le ipoteche dati immobili, Quindi se vi sono delle

ipoteche non potendosi vendere gl' immobili senza autorizzazione giudiziale e senza la forma dei pubblici incanti, i diritti dei creditori ipotecarî sono sempre garentiti e così anche se vi sono privilegi, questi nemmeno possono essere elusi, perché anche i mobili debbono vendersi nella forma degli incanti giudiziali. Solo in qualche ipotesi rara può avere importanza la limitazione, quando cioè passati 5 anni, dal giorno dell'apertura dell' eredità, l'erede ha facoltà di vendere liberamente i beni mobili, senza autorizzazione e senza le forme solenni. Più importante è l'altra limitazione. L'erede paga a misura che si presentano i creditori e i legatarî; quindi supponiamo che il primo a presentarsi sia un legatario; l' erede deve pagarlo, non può dirgli: non voglio pagarti perché sei legatario. Ma poniamo ancora che il denaro ereditario ~~sia~~ stato assorbito dai legatarî presentatisi per i primi; allora i creditori i quali si presentano dopo esaurito il denaro ereditario, hanno diritto, conformemente dispone il Codice civile, al regresso contro i legatarî; mentre se l' asse ereditario viene esaurito per pagare alcuni creditori, gli altri che rimangono insoddisfatti non hanno alcun diritto di regresso contro i primi. Ciò è stabilito dalla legge, perché i creditori prima soddisfatti non hanno ricevuto che quello che loro spettava: invece se l' asse ereditario è esaurito per la soddisfazione dei legati, la legge applica il principio che non si può concepire liberali-

tà, se colui che vuole fare la liberalità, non abbia pagato i debiti; di modo tale che nel conflitto tra i legatarî e i creditori meritano preferenza i creditori, perchè essi non esigono che denaro proprio. Perciò, se l'asse ereditario è esaurito nel pagamento dei legati, i creditori che vengono posteriormente possono rivolgersi contro i legatarî, ma non contro l'erede in quanto costui ha pagato bene a chi si presentò primo. Si domanda infine: supponiamo che l'erede col beneficio d'inventario abbia dei creditori personali: questi hanno diritto di concorrere con i creditori ereditarî sul patrimonio del defunto oppur no? Gli autori risolvono variamente questa questione: alcuni dicono che il beneficio dell'inventario è posto in vantaggio esclusivo dell'erede, in quanto l'erede non deve rispondere con denaro proprio dei debiti dell'eredità, ma non è stato posto a vantaggio dei creditori ereditarî, i quali debbono subire la stessa sorte, come se l'erede avesse accettato senza il beneficio dell'inventario. Che l'erede, sia pure beneficiato, abbia dei creditori personali, questi possono benissimo concorrere sul patrimonio del defunto inquantochè il patrimonio del defunto, in forza all'eredità s'unisce al patrimonio dell'erede, sicchè garenzia dei creditori è tutto il patrimonio del debitore. Noi crediamo che ciò non sia esatto. Vero è che il beneficio dell'inventario ha principalmente lo scopo di vantaggiare l'erede; ma i vantaggi ch'egli riceve non sono

illimitati, ci sono delle restrizioni, le quali ci denotano come sebbene la distinzione del patrimonio dell'erede da quello del defunto sia vantaggiosa principalmente all'erede, pure è una separazione obbiettiva, effettiva, e quindi dev'essere vantaggiosa anche ai creditori ereditarî. Infatti che cosa vediamo? Che l'erede beneficiato amministra i beni nell'interesse dei creditori ereditarî: Dunque non è vero che il beneficio d'inventario non importa alcun vantaggio ai creditori ereditarî, in quanto costoro hanno diritto a una regolare amministrazione dei beni, hanno diritto a pretendere che l'erede disponga dei beni a suo arbitrio.

Un altro obbligo dell'erede beneficiato è la resa dei conti. Ora, come si potrebbe concepire la resa dei conti rispetto ai creditori ereditarî, se questi non avessero diritto esclusivo sull'asse ereditario? E poi, se l'erede beneficiario pagasse coi beni ereditarî i suoi creditori personali verrebbe a fare atto di disposizione, perchè il pagamento di debiti capitali costituisce atto di disposizione. Ora ciò non sarebbe conforme ai principî di legge che limita la capacità dell'erede.

Un'altra conseguenza finalmente. La legge ha preferito i creditori ereditarî agli stessi legatarî che pure sono aventi causa del defunto. Se la legge ha posto questa preferenza tra i creditori ereditarî e i legatarî, a tanto maggior ragione deve dirsi che abbia stabilito una preferenza in favore dei creditori ereditarî, rispetto ai creditori personali dell'erede. Sarebbe strano

se mentre i creditori ereditarî hanno azione di regres-
so contro i legatarî, non dovessero poi avere azione di
regresso contro i creditori personali dell'erede, che hanno
un altro autore. Perciò credo sia l'opinione migliore che lo
erede beneficiato non possa pagare con i beni ereditarî i
creditori personali, dimodochè i creditori personali hanno
diritto sui beni ereditarî solo qualora, liquidato il patri-
monio si siano soddisfatti tutti i creditori ereditarî e
i legatarî e sia rimasto un residuo.

Lezione XXVIª

Sommario

La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede: concetto: differenza tra il Diritto romano e il nostro - Chi può esercitare il diritto di separazione - Contro chi s'esercita - Come s'esercita - Su quali beni - Condizioni per l'esercizio: termine - esistenza del credito - la novazione del credito -

Per completare l'argomento del pagamento dei debi=ti ereditarî dobbiamo discorrere della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede.
Il beneficio della separazione dei patrimoni fu introdotto dal pretore romano per ovviare all'incon=veniente che ai creditori ereditarî sarebbe provenuto dall'accettazione pura e semplice, cioè il non potersi esclusivamente soddisfare sul patrimonio del defunto, come avrebbero potuto se il loro debitore non fosse morto, dovendo subire il concorso dei creditori personali dell'erede.
Il beneficio della separazione dei patrimonii in=trodotto dal pretore romano si perpetuò nel Diritto Giustinianeo, nel Diritto Comune e si trova anche nel codice nostro. Però se questo istituto si trova an=che nel codice nostro, non è a credere ch'esso ab=bia la stessa fisonomia che aveva nel Diritto roma=

no, sebbene lo scopo sia eguale. L'art° 1032 dice: «I creditori dell'eredità ed i legatari possono domandare la separazione del patrimonio del defunto dal patrimonio dell'erede, a norma delle disposizioni contenute nel titolo XXIV di questo libro». Sicché esaminando gli articoli contenuti in detto titolo, noi vedremo quale sia nel nostro codice l'istituto della separazione dei patrimonii, quale la sua natura e quale gli effetti. Anzitutto incominciamo a rilevare che per il nostro codice l'istituto della separazione non produce gli stessi effetti che in Diritto romano; anzi si può dire che la stessa frase "separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede„ non corrisponde alla realtà delle cose. Nel Diritto romano quando i creditori ereditari volevano evitare il pericolo della confusione dovevano domandare il beneficio della separazione, il cui effetto era appunto una vera e propria separazione obbiettiva e universale del patrimonio del defunto da quello dell'erede, in modo che si considerava per finzione di legge che l'accettazione dell'eredità non fosse avvenuta e che quindi il patrimonio del defunto restasse distinto come unità per sé stante, staccata dal patrimonio personale dell'erede. Onde reputandosi fittiziamente l'eredità come non accettata, tutte le conseguenze provenienti dall'accettazione dell'eredità rispetto ai terzi non nascevano, e quindi i creditori ereditari potevano soddisfarsi sul patrimonio del defunto escludendo i creditori personali dell'erede.

Ma avviene lo stesso per il nostro codice? L'istituto della separazione per l'evoluzione subita non è tale oggi se non di nome. Non avviene più la distinzione obbiettiva dei due patrimonî; non è già che l'effetto dell'accettazione venga ad essere rescisso o sospeso. L'erede che ha accettato puramente e semplicemente, resta erede puro e semplice, nè avviene una rescissione fittizia, nemmeno in rapporto ai creditori ereditarî: se questi, come vedremo, hanno diritto di preferenza rispetto ai creditori, personali dell'erede, ciò non segue più con una separazione obbiettiva e universale del patrimonio del defunto da quello dell'erede; giacchè il diritto di separazione non può esercitarsi che su i singoli beni. L'effetto dunque della separazione, essendo limitato ai beni su cui viene esercitato, non si ha una separazione di patrimonii nel senso vero della parola e quindi non può parlarsi d'una rescissione fittizia o d'una sospensione dell'efficacia dell'accettazione. Così si nota una prima differenza tra il Diritto romano ed il nostro; giacchè pel nostro codice esso è un diritto di preferenza dei creditori ereditarî sui creditori personali dell'erede, rispetto a quei soli beni ereditarî su cui il beneficio di separazione s'è esercitato. E che questo sia lo effetto della separazione si scorge anche dal codice nell'artº 2055. Dato così il concetto generale del beneficio di separazione passiamo all'esame delle

varie disposizioni di legge.
Da chi può esercitarsi il beneficio di separazione? Può essere esercitato anzitutto dai creditori eredita_ri cioè dai creditori del defunto, e si noti, sen_za distinguere se i crediti siano scaduti o no, o pure siano sotto condizione, ed anche dai creditori ipotecarî o privilegiati. A prima vista dovrebbe farsi questa limitazione: anche il Pothier osservava che i creditori ipotecarî non possono pretendere il dirit_to di separazione, perchè dal momento che la se_parazione ha per iscopo di far preferire i credi_tori del defunto a quelli dell'erede, questa preferen_za è già insita nelle ipoteche, in quanto un cre_ditore ipotecario del defunto non può temere il concorso dei creditori personali dell'erede. Eppure il nostro codice non fa tale restrizione, e quindi anche i creditori ipotecarî del defunto avranno dirit_to d'esercitare la separazione. E giustamente, per_chè l'osservazione del Pothier non sempre è esat_ta. Vero è che il creditore ipotecario è di diritto pre_ferito al creditore personale dell'erede, in quan_to ha garenzia reale; ma poniamo che la garen_zia reale non sia sufficiente a soddisfare il cre_ditore ipotecario, che per il residuo, secondo i princi_pî generali, dovrebbe subire il concorso dei creditori dell'erede. Ora per evitare questo pericolo, la legge concede anche a lui il diritto di separazione, il quale se è inutile in caso di capienza, può essere

utile nel caso d'incapienza. Perciò la legge dice espressamente all'art° 2054 che il diritto alla separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede spetta anche a quei creditori o legatarî che hanno già un'altra garenzia sui beni del defunto. I legatarî si trovano anch'essi nella stessa condizione dei creditori ereditarî; anch'essi per regola generale dovrebbero subire il concorso dei creditori personali dell'erede, data la confusione dei patrimonî. Quindi la legge nostra, come già il Diritto romano, concede loro il beneficio della separazione. Ma questo diritto spetta anche ai creditori personali dell'erede? Nel Diritto comune si questionò lungamente su questo punto, e si disse: se è giusto che i creditori del defunto esercitino il beneficio della separazione per soddisfarsi esclusivamente sul patrimonio del defunto e quindi di conservare la garenzia ch'essi avrebbero avuto se il defunto non fosse morto, ragioni di equità vogliono che lo stesso diritto abbiano anche i creditori personali dell'erede. Costoro hanno interesse che il patrimonio del loro debitore non venga ad essere diminuito dal concorso dei creditori ereditarî sul patrimonio personale dell'erede, ove non bastasse quello del defunto. Onde ispirandosi ai principî di equità, alcuni solevano concedere il beneficio della separazione ai creditori personali dell'erede; invece il Pothier ed altri negarono ciò fondandosi sul principio individualistico del Diritto romano, cioè che ad ognuno è lecito deteriorare la condizione dei proprî creditori assumendo nuove obbligazioni. Ora se l'erede viene

ad assumere nuovi debiti, quali sono i debiti ereditarî, di ciò non possono lagnarsi i creditori personali, che debbono subire tutti i fatti che il debitore compie lecitamente. Solo i creditori personali dell'erede potrebbero impugnare con la pauliana l'accettazione di un'hereditas dannosa, provando oltre il danno l'estremo della frode. Perciò il nostro codice non concede il diritto di separazione ai creditori personali dell'erede ma solo ai creditori ereditarî o legatarî.
Contro chi deve esercitarsi questo diritto di separazione? Per il Diritto comune e per il Diritto francese il diritto di separazione deve esercitarsi contro i creditori dello erede, perchè essendo la separazione un mezzo di preferenza dei creditori del defunto su quelli dell'erede, era logico che questo beneficio dovesse esercitarsi in contraddizione di questi ultimi. Invece il nostro codice ha seguito un'altra via, la domanda di separazione dev'essere esercitata non già contro i creditori dell'erede, ma contro l'erede stesso od altro rappresentante legittimo dell'eredità. L'art° 900 della Proc. Civ. adopera questa seconda locuzione per denotare che la domanda di separazione può farsi anche quando non vi sia un erede, come nel caso d'eredità giacente, nel qual caso si può domandare la separazione contro il curatore che è il legittimo rappresentante dell'eredità. È cambiata così nel Diritto nostro la procedura seguita dal codice francese, in quanto la domanda di separazione deve esercitarsi contro l'erede per

ottenere lo scopo voluto dalla legge. La legge parla di domanda del beneficio della separazione: perchè dice che il beneficio della separazione dev'essere domandato. È esatta questa locuzione? Non è esatta. Se fosse esatta, ne verrebbe la conseguenza che dipenderebbe dalla facoltà del magistrato concedere o no il beneficio della separazione, e quindi il diritto di separazione sarebbe effetto della sentenza la quale trovasse meritevole di accoglimento la domanda. Invece il diritto di separazione proviene dalla legge stessa, non c'è bisogno di domanda per conseguirlo: la domanda serve non già per conseguire il beneficio della separazione, ma per attuare in certi casi questo diritto astratto; perchè ove la separazione si voglia esercitare rispetto ai beni mobili è necessaria la domanda, perchè il magistrato ponga sotto sequestro questi beni. Tanto vero che per esercitare il diritto di separazione su beni immobili, non occorre domanda giudiziale. Perciò se la legge in parecchi art[i] parlando del diritto di separazione dice ch'esso dev'essere domandato dai creditori ereditarî o legatarî, è perchè ha seguito inconsciamente l'antica tradizione romanistica, perchè nel Diritto romano questo diritto non proveniva ex lege; ma essendo fondato sull'equità del pretore aveva bisogno d'essere domandato, e venir concesso dal pretore caso per caso. Ciò non avviene per il Diritto nostro, perchè il beneficio di separazione proviene dalla legge.

Come s'esercita questo diritto di separazione: Il diritto

di separazione s'esercita diversamente secondo l'oggetto su cui si vuole esercitare. A questo proposito ricorderò la differenza, di cui ho fatto cenno, tra il Diritto romano e il Diritto nostro, perchè nel Diritto romano la domanda di separazione aveva come effetto la separazione effettiva del patrimonio del defunto da quello dell'erede, e quindi non bisognava seguire diversa procedura per i beni mobili e per i beni immobili; invece pel Diritto nostro devono seguirsi diverse norme procedurali secondo che la separazione si riferisce ai beni immobili o si vuole esercitare sui beni mobili.

Quando si vuole esercitare la separazione rispetto ai beni immobili che cosa bisogna fare? Non c'è bisogno di domanda. Ciò conferma il concetto esposto, cioè che la separazione non è effetto della sentenza. Se la separazione si vuole esercitare rispetto ai beni immobili ereditari bisogna prendere un'iscrizione analoga a quella che si prende per le ipoteche. Quindi bisogna eseguire tutte le norme necessarie per le iscrizioni ipotecarie, cioè esibire al conservatore delle ipoteche due note le quali abbiano tutti i requisiti voluti dalla legge, cioè nome e cognome del debitore, del creditore e del legatario, indicazione della somma che si pretende garentire con questo vincolo, indicazione dell'immobile con tutti i confini voluti dalla legge, ecc. Invece quando si tratta d'esercitare la separazione rispetto ai beni mobili, siccome per i beni mobili non c'è il sistema della pubblicità, la legge indica un'altra procedura; bisogna

fare la domanda giudiziale, la quale ha per iscopo di ottenere dal magistrato la sentenza che provveda alla conservazione dei beni mobili, dimodoché essi siano preservati da qualsiasi disposizione od alienazione da parte dell' erede, e siano destinati esclusivamente allo scopo della soddisfazione dei creditori che hanno domandato la separazione. Questo è detto negli art.i 2059 e 2060, da cui si rileva che le differenze che passano tra le note ipotecarie che si presentano per l' iscrizione dell' ipoteca e le note per l' iscrizione della separazione, sono: 1º) che bisogna in queste note aggiungere se è possibile il nome dell' erede perché nel caso che l' erede non sia noto allora tale aggiunta non occorre e 2º) mentre per le iscrizioni ipotecarie, oltre le due note, bisogna presentare il titolo costitutivo del credito, invece per l' iscrizione del beneficio della separazione non occorre l' esibizione del titolo; ma basta menzionare che la iscrizione è presa a titolo di separazione.

Su quali cose si può esercitare il diritto di separazione? Si può dire brevemente che si può esercitare su tutti i beni ereditarî. Si può esercitare sui beni che provengono all' erede in forza di collazione dovuta da altri coeredi, o in forza di riduzione di legati o di donazioni? Sappiamo che all' asse ereditario che il defunto ha effettivamente lasciato, bisogna aggiungere i beni donati o per scopo di collazione o di riduzione e così si impingua il patrimonio ereditario. Supponiamo che la collazione o la riduzione siano avvenute in modo

che il patrimonio effettivo ereditario sia aumentato. Possono i creditori ereditarî o i legatarî esercitare il diritto di separazione sui beni pervenuti all'erede in forza di riduzione o di collazione? No, perchè la collazione è un istituto il quale ha per scopo esclusivo di mantenere la proporzionalità tra le quote dei varî coeredi discendenti dal defunto; la riduzione poi ha per iscopo di far salva la legittima agli eredi legittimarî, e sappiamo, per espressa disposizione di legge, che la riduzione e la collazione non giovano ai creditori ed ai legatarî, i quali non solo non possono esercitare il diritto di riduzione, o di collazione, ma nemmeno possono approfittarne (art. 1092, 1014). Ne deriva perciò la conseguenza che ancorchè il patrimonio sia impinguato per tali cause, i creditori ereditarî e legatarî non possono esercitare il diritto di separazione sui beni provenienti dalla collazione e dalla riduzione.

Ancora: i creditori ereditarî ed i legatarî non possono pretendere di esercitare il diritto di separazione sui beni che il defunto in vita avesse alienato, ancorchè l'acquirente non abbia operato la trascrizione. Supponiamo che il defunto abbia venduto i beni immobili ed il compratore non abbia trascritto il titolo d'acquisto. Se fosse vero quello che si trova detto in certi manuali: che la trascrizione è necessaria perchè l'alienazione abbia effetto rispetto ai terzi, i legatarî per lo meno avrebbero il diritto di dire: è vero il nostro autore ha venduto, ma siccome il compratore non ha trascritto, l'alie=

nazione per noi è come non fatta; abbiamo diritto di reputare che l'immobile venduto si trovi ancora nel patrimonio del defunto e quindi vogliamo esercitare su esso il diritto di separazione. Ma non è vero che la trascrizione sia necessaria per produrre l'efficacia del trapasso rispetto ai terzi: anche senza trascrizione l'acquisto rispetto ai terzi si compie; la trascrizione non costituisce altro se non un criterio di preferenza tra più acquirenti dallo stesso autore, in conflitto tra di loro. Cosicchè il legatario, sebbene sia un terzo rispetto al contratto interceduto tra il defunto e l'acquirente, pure non è uno di quei terzi che possono invocare il principio della trascrizione, giusto quanto dispone l'art° 1942 cod. civ. Poniamo però che i beni siano stati alienati dallo stesso erede che, per la sua qualità ne aveva certamente il diritto, su di essi è possibile esercitare il diritto di separazione, e ciò, si noti anche se le alienazioni siano state debitamente trascritte. Onde segue che il vincolo di separazione ha un'efficacia speciale e maggiore del vincolo ipotecario. Mentre l'ipoteca in generale prende data dal giorno dell'iscrizione, cosicchè tutti i diritti acquistati precedentemente sono salvi e non restano sopraffatti dall'ipoteca, invece quando si iscrive il vincolo di separazione, questa iscrizione ha efficacia retroattiva a danno dei diritti precedentemente acquistati, ancorchè conservati mediante iscrizione o trascrizione. Questa è l'efficacia speciale concessa dalla legge nell'art° 2062. Ma il diritto di

separazione, se può esercitarsi anche sui beni alienati dall'erede, non può esercitarsi che sui beni immobili soltanto, non già sui beni mobili. Perchè è principio generale di diritto che nessuna azione reale può sperimentarsi contro il terzo possessore di beni mobili. Se la legge vieta lo stesso esercizio dell'azione di rivendicazione contro i terzi che hanno acquistato in buona fede beni mobili, deve negare qualsiasi altra azione avente efficacia reale. Quindi la domanda giudiziale avente per effetto la separazione del patrimonio non può avere mai per oggetto beni mobili già alienati. Questa conseguenza derivante dai principî generali il nostro codice l'ha voluta dichiarare espressamente, disponendo che quando si tratta di beni mobili alienati i legatarî o i creditori hanno diritto d'esercitare la separazione sul prezzo che di questi beni fosse ancora dovuto (art° 2026). Però a questo punto nasce una questione: supponiamo che il prezzo sia stato pagato, ma sia stato depositato nella Cassa Depositi e Prestiti, oppure si trovi ancora in mano di un terzo, sebbene pagato dall'acquirente; è possibile la separazione? Sì, perchè la legge in tanto dice che l'esercizio della separazione si può fare sul prezzo, se non sia pagato, perchè presuppone il caso normale che quando l'erede ha ricevuto il pagamento sia avvenuta la confusione materiale del denaro proprio col denaro ricevuto; sicchè quando il prezzo, ancorchè pagato non si tro-

si confuso, evidentemente la separazione può esercitarsi.

Quali sono le condizioni per l'esercizio della separazione? Anzitutto bisogna accennare, in modo negativo, quali siano i fatti che non impediscono l'esercizio della separazione. E' necessario per esercitare la separazione che l'erede si trovi nello stato d'insolvenza? No, ancorchè l'erede abbia un pingue patrimonio sufficientissimo per soddisfare i creditori ereditarî e personali, la separazione può esercitarsi perchè la legge non richiede tale condizione; e giustamente perchè se il patrimonio al momento attuale può essere pingue e lauto, benissimo domani, per un improvviso rovescio può ridursi ai minimi termini. Però se non è necessaria l'insolvenza dell'erede, è necessario almeno che esistano dei creditori dell'erede, perchè altrimenti il beneficio della separazione mancherebbe di scopo. Ma non è necessario che tale esistenza sia provata, basta la possibilità; se questa possibilità non risponde alla realtà, allora il beneficio della separazione non avrà effetto; invece produrrà delle conseguenze qualora l'erede abbia dei creditori. Ancora, non è necessario che l'erede abbia fatto l'accettazione pura e semplice. A prima vista parrebbe che il beneficio della separazione solo allora ha significato pratico quando siavi l'accettazione pura e semplice, e che ove l'erede abbia accettato col beneficio dell'inventario la separazione a nulla giovi. Eppure la legge dice che anche l'accettazione col beneficio

d'inventario non dispensa i creditori o i legatarî dal-l'esercitare il beneficio della separazione (art° 2058) È nata perciò controversia sul significato di questo articolo. Significa esso che anche se perdura il beneficio d'inventario, la separazione è necessaria; oppure significa che l'accettazione col beneficio d'inventario non dispensa dalla separazione, la quale riuscirà utile nell'eventualità che dal beneficio d'inventario l'erede decada? In altri termini, se si crede che l'accettazione col beneficio dell'inventario non giovi in nessun modo ai creditori ereditarî, ma al solo erede, la legge con quelle parole intende dire che, nonostante il beneficio d'inventario, siccome questo non giova che allo erede, i creditori ereditarî debbono ricorrere al beneficio della separazione per essere preferiti ai creditori personali dell'erede: cosicchè beneficio d'inventario e beneficio di separazione produrrebbero contemporaneamente ciascuno il proprio effetto. Invece se si ritiene che l'accettazione col beneficio dell'inventario produce effetto vantaggioso non solo all'erede ma anche ai creditori ereditarî, i quali così han diritto di soddisfarsi esclusivamente sul patrimonio del defunto senza subire il concorso dei creditori personali dell'erede, allora quell'art° significa che l'accettazione col beneficio dell'inventario non ostacola la separazione, la quale può essere utile quando il beneficio d'inventario venga a cessare. Ma abbiamo visto che la prima opinione è erronea, in quanto il beneficio dell'inventa-

rio, sebbene introdotto in vantaggio principale dell'erede, pure produce indirettamente vantaggio ai creditori ereditarî, cosicchè la conseguenza è, che se il beneficio dell'inventario permane in tutta la sua efficacia, la separazione non porta alcun particolare effetto, avendo lo stesso scopo che si raggiunge col beneficio dell'inventario, di far preferire i creditori ereditarî a quelli dell'erede. Perciò l'art° significa che nella previsione di una possibile decadenza dal beneficio dell'inventario, i creditori ereditarî faranno bene ad esercitare il diritto di separazione: se il beneficio d'inventario cessasse per fatto dell'erede, allora la separazione del patrimonio fatta in tempo utile, avrà tutta la sua efficacia pratica. Le sole condizioni per l'esercizio del diritto di separazione sono: 1°) che si eserciti in un certo tempo, e 2°) che esista il diritto di credito o il legato. Il tempo fissato dalla legge è di tre mesi dall'apertura della successione, mentre nel Diritto antico la facoltà d'esercitare il beneficio della separazione era imprescrittibile; fino a tanto che il patrimonio ereditario sussisteva, poteva esercitarsi la separazione. La legge ha posto questo limite di tempo per ragioni d'ordine sociale: se, come abbiamo visto, l'esercizio del beneficio di separazione può portare nocumento ai terzi in quanto appena iscritto il vincolo della separazione, questa ha efficacia retroattiva contro tutti gli acquisti fatti prima dai terzi, era necessario restringere al minor tempo possibile la facoltà di esercitare siffatto diritto, perchè altrimenti i terzi sarebbero rima=

sti sempre incerti intorno all'efficacia dell'acquisto. Talchè, chi vuole acquistare da un erede, avrà la precauzione di far passare tre mesi dal giorno della successione, per potere acquistare sicuramente; sarà sua colpa se acquista prima dei tre mesi; invece col sistema antico sarebbe stata inutile ogni preveggenza. Il termine di tre mesi non è termine di prescrizione, ma è termine di decadenza. Mentre, come sappiamo, la prescrizione, qualunque sia, lunga o breve, è soggetta a cause di sospensione, sicchè non corre contro certe persone, come i minori e gl'interdetti, o contro certe altre persone legate da rapporti speciali giuridici come tra marito e moglie, tra amministratore ed amministrato ecc, questi fatti sono indifferenti, ove si tratti di termine perentorio o di decadenza. L'altra condizione è che il diritto di credito o il legato sussista, che non sia estinto. Supponiamo che il credito sia estinto per prescrizione, per remissione, o in un modo qualunque riconosciuto dalla legge; allora il diritto di separazione non può esercitarsi. A questo proposito bisogna fermarci su un modo speciale d'estinzione ch'è la novazione. La novazione importa estinzione dell'antica obbligazione mediante creazione di una nuova. Le specie di novazioni sono diverse: vi è la novazione obbiettiva quando si muta l'obbietto o la causa dell'obbligazione, vi è la novazione subbiettiva quando si muta il debitore, liberando l'antico, e sostituendogli uno nuovo; o si muta il creditore accettando un nuovo creditore invece

dell'antico, il quale rinunzia al suo diritto. Ora, nelle fonti romane si trova stabilito che ove il creditore ereditario abbia novato il suo credito accettando l'erede come debitore, perde il diritto di separazione. Questa frase fu spesso inconsciamente ripetuta dai giuristi ed anche dal nostro codice nell'art° 2056. Sicchè si domanda: basta accettare l'erede per debitore, perchè si compia la novazione? Secondo i principî generali, non basta; perchè l'erede non è una persona diversa dal debitore vero e proprio, l'erede appunto perchè erede, sustinet personam defuncti, è sostituito in tutto e per tutto al defunto: il debitore originario essendo morto, il vero ed unico debitore è l'erede, quindi se i creditori ereditarî, se i legatarî abbiano riconosciuto per loro debitore l'erede, essi non hanno fatto nulla di nuovo, essi non hanno compiuto un atto volontario, hanno seguito ciò ch'è precetto di legge. Perciò se i creditori ereditarî ed i legatarî si trovano di fronte all'unico debitore qual'è l'erede, non si può dire il fatto dell'accettazione dell'erede come debitore importi novazione. Infatti sappiamo che la novazione subbiettiva avviene, quando all'antico debitore che vien liberato si sostituisce un altro; invece qui non abbiamo duplicità di debitori, uno liberato ed un altro in sua vece obbligato, ma un solo debitore qual'è l'erede. Pur nondimeno, non ostante l'incomprensibilità di quest'art°, spiegato così letteralmente, la dottrina francese ed italiana s'ostinano a ritenere che il solo fatto di ri-

conoscere l'erede come debitore fa perdere il diritto alla separazione, perché, dicono molti autori, qui non dobbiamo pretendere di trovare una vera e propria novazione, dobbiamo soltanto scorgere una specie di novazione, una novazione impropria. E' esatta quest'opinione? No, anzitutto quest'opinione si basa sopra un'erronea interpetrazione dei testi romani. Alcuni credettero che i testi romani quando parlarono di novazione, intendessero bastare il fatto che il creditore ereditario rivolgesse l'azione contro l'erede perché perdesse il diritto alla separazione. Invece esaminando i testi romani, si vede che il diritto di separazione si perdeva quando si compiva la novazione vera e propria, la quale assumendo la forma della stipulatio coll'erede importava estinzione dell'antica obbligazione e nascita d'una nuova, non già perché così a un debitore venisse sostituito un altro, ma per la forza stessa della stipulatio che produceva sempre un'obbligazione nuova e per sé stante, anche se fosse avvenuta con l'antico debitore, e avesse avuto l'identico contenuto dell'antica obbligazione. Ciò posto, si capisce bene come il creditore dovesse perdere il beneficio della separazione, perché il beneficio della separazione presuppone un credito ereditario, un credito contro il defunto; e quindi se il credito contro il defunto è estinto mediante sostituzione di un credito nuovo che si acquista contro l'erede, evidentemente non vi può essere diritto di separazione. Inoltre anche a voler ritenere che nel Diritto romano indipendentemente

dall' efficacia speciale della stipulatio, il fatto dell'accettazione dell' erede come debitore importasse perdita del beneficio di separazione, ciò si può sempre spiegare, considerando che se, come comunemente si crede, la separatio bonorum importava rescissione dell' accettazione, questa si aveva come non fatta e quindi l'erede non era debitore. Talchè riconoscendo l' erede come debitore, era logico che si venisse a perdere il beneficio di separazione che si fondava sul contrario presupposto. Ma nel Diritto nostro, dacchè la separazione non produce rescissione dell' accettazione, l' erede è sempre lui il debitore e quindi il riconoscerlo come tale non può avere alcuna efficacia. Perciò saggiamente alcuni autori francesi recenti dicono che questa formula della legge si deve considerare come lettera morta che non ha efficacia pratica. Ma se dobbiamo giungere a questa conseguenza estrema di disconoscere il significato letterale della legge, non è forse meglio darle un significato logico? E questo significato logico fu dato per il primo dal Pothier che fu, come ognun sa, l'autore le cui idee furono più fedelmente seguite dal legislatore francese e tra gl' interpetri del codice italiano dal Mirabelli. Ed è che in questa disposizione si deve considerare essersi previsto il caso della novazione vera e propria, della novazione obbiettiva; cioè il creditore ereditario perde il diritto di separazione qualora egli abbia novato il suo credito, sostituendo al credito antico, che aveva verso il defunto

un altro credito che abbia un oggetto diverso o una causa diversa. Qualora questo fatto, il quale certo comunemente non si suole avverare, si verifichi, solo allora si perde il diritto alla separazione. Invece, sostenendo l'opinione prevalente fra i giuristi francesi e italiani, per cui basta il semplice riconoscimento dell'erede per perdere il diritto alla separazione, oltre ad incorrere in inconvenienti pratici, si contraddice ai principî logici e giuridici. Perchè? Perchè quest'art° riguarda non solo i creditori ereditarî, ma anche i legatarî. Or come può parlarsi di novazione, anche in senso improprio, da parte del legatario che riconosca l'erede come debitore, se il legatario non ha che l'erede per unico debitore? Per i creditori ereditari si potrebbe dire che vi sono due debitori, il defunto e l'erede, sebbene giuridicamente essi costituiscono una persona sola; ma invece il legatario non ha diritto di credito contro il defunto, ma contro l'erede, è unicamente dal testamento che sorge il diritto di credito e l'unico debitore è l'erede: quindi com'è mai possibile che il legatario possa fare novazioni, riconoscendo per suo debitore l'erede, se questo è stato sempre il suo debitore originario? Si urta contro i principî giuridici, perchè i principî della novazione non permettono che vi sia novazione subbiettiva, quando al defunto si sostituisce l'erede, il quale è uno che succede in tutti i rapporti del defunto. Inoltre si va incontro a gravi inconvenienti; basterebbe il fatto che i creditori no

tifichino il titolo esecutivo all'erede, per perdere il diritto alla separazione. La nostra opinione invero non offre tali inconvenienti ed è fondata sulla logica e sulla stessa tradizione storica che vien travisata dai seguaci dell'opposta opinione.

Un altro caso di perdita del beneficio di separazione si ha quando l'erede paga i crediti o dà cauzione, perchè in questo caso il beneficio della separazione è impedito o sospeso (art° 2064).

Lezione XXVII^a

Sommario

Effetto del beneficio di separazione - Indole giuridica del beneficio di separazione - Se i creditori non separatisti possano concorrere con i separatisti - (la separazione importa preferenza dei separatisti sui non separatisti) - La vecchia massima "nemo liberalis nisi liberatus" e il suo valore - Il diritto di separazione contro i legatarî -

Quali sono gli effetti del beneficio della separazione? Ciò è molto controverso. 1°) Alcuni dicono che la separazione produce l'effetto di rescindere l'accettazione dell'eredità, cioè l'erede si considera rispetto ai creditori separatisti come se non fosse accettante. La conseguenza logica sarebbe che il patrimonio ereditario serve solo ed esclusivamente a soddisfare i creditori ereditarî ed i legatarî, invece il patrimonio dell'erede serve solo ed esclusivamente a soddisfare i creditori personali dell'erede. Quindi i creditori ereditarî ed i legatarî, ove non trovassero sufficiente il patrimonio del defunto per soddisfare i loro crediti, non avrebbero alcun diritto a rivolgersi dopo sui beni personali dell'erede e viceversa, i creditori personali dell'erede non avrebbero mai il diritto di ricorrere ai beni ereditarî. Que-

sta scissione dei due patrimonî che in sostanza formano un solo, non è ammissibile, almeno per il diritto nostro, perchè principio generale del diritto nostro è che tutti i beni del debitore formano garenzia commune dei creditori. Ora, avvenuta l'accettazione e quindi la confusione ereditaria, il patrimonio del defunto è una sola cosa con quello dell'erede e quindi i creditori personali dell'erede astrattamente hanno sempre diritto sui beni che il loro debitore ha acquistato, in base alla confusione. D'altra parte i creditori del defunto, appunto perchè creditori del defunto, sono nel tempo stesso creditori dell'erede, e quindi possono in base ai principî generali pretendere di soddisfarsi sui beni personali dell'erede qualora non siano sufficienti i beni ereditarî.

Ora al principio generale, la legge ha fatto una eccezione col beneficio della separazione, ma questa eccezione ha valore limitato. La legge dice solo che il beneficio della separazione concede ai creditori e ai legatarî che se ne avvalgono una preferenza sui creditori dell'erede; da ciò non segue che avvenga una completa scissione dei due patrimonî, e quindi la garenzia dei creditori ereditarî e dei legatarî sia limitata esclusivamente al patrimonio ereditario. 2°) Siccome quest'opinione non è fondata nella legge, bisogna esaminare l'altra, ed è che i creditori ereditarî ed i legatarî sonosi preferiti ai

creditori personali dell' erede sui beni ereditarî, ma se i beni ereditarî non siano sufficienti per soddisfare i loro crediti, essi possono concorrere anche sui beni personali dell' erede, ma solo quando i creditori personali dell'erede siano rimasti soddisfatti dei loro diritti e resti qualche residuo. Anche quest' opinione non è fondata: se i beni ereditarî non siano sufficienti a soddisfare i creditori ereditarî ed i legatarî, questi in base ai principî generali hanno diritto di rivolgersi sui beni personali dell' erede e ciò senza preferenza alcuna, inquantoché essi essendo creditori del defunto, sono, in base all' accettazione, creditori anche dell' erede, essendo avvenuta la confusione. Quindi la legge se pone un limite al principio generale della responsabilità universale di tutto il patrimonio del debitore, lo fa solo in vantaggio dei creditori ereditarî. Invece seguendo quest' opinione s'avrebbe un danno per i creditori ereditarî; perché avrebbero sì la garenzia sul patrimonio del defunto, ma perderebbero il diritto proveniente dai principî generali di poter perseguitare i beni personali dell' erede. 3°) Resta la terza opinione, cioè, i creditori ereditarî ed i legatarî esercitando il beneficio della separazione vengono ad ottenere un diritto di preferenza sui creditori personali dell' erede, soltanto sui beni ereditarî. Pertanto possono darsi due ipotesi: se i beni ereditarî siano sufficienti a soddisfare i crediti ereditarî, ciò che resta sarà anche garenzia dei creditori personali dell'erede; e viceve[illegible]

i beni ereditarî non siano sufficienti a soddisfare i creditori ereditarî e i legatarî, costoro conservano il diritto proveniente dai principî generali, di perseguitare anche i beni personali dell'erede e su questi beni possono concorrere insieme con i creditori personali di costui senza che questi possano pretendere d'essere preferiti, giacché se la separazione giova a qualche persona, giova al creditore ereditario, non mai al creditore dell'erede, giusta ciò che abbiamo detto. Ora é vero che sarebbe equo concedere ai creditori personali dell'erede una specie di diritto di separazione, quando l'eredità sia oberata di debiti. Pure siccome questo principio é stato rifiutato dal Diritto romano e dal nostro, così non si può per via indiretta, senza un disposto di legge, concedere ai creditori personali dell'erede un diritto di preferenza sui beni appartenenti all'erede stesso.

Così il primo ed importante effetto della separazione consiste unicamente nel diritto dei creditori ereditarî e dei legatarî di essere soddisfatti non già esclusivamente sui beni ereditarî, ma con preferenza sui creditori personali dell'erede; dimodoché se qualche cosa resta, andrà a vantaggio dei creditori personali dell'erede; se non resta nulla, allora i creditori ereditarî, non ostante il beneficio della separazione avranno sempre il diritto di perseguitare il patrimonio personale dell'erede ciò non già dopo i creditori di costui ma in concorrenza con essi, come

se non avessero mai esercitato il diritto di separazione.

Il diritto di separazione quindi si risolve in un diritto di preferenza. Qual'è la sua natura? È un diritto personale o è un diritto reale? E se è diritto reale, è diritto d'ipoteca o è un diritto sui generis? La quistione è importantissima e difficile a risolversi, perché da una parte vi sono delle tradizioni storiche che additano una soluzione, dall'altra parte stanno i principî del nostro codice che menano ad una decisione diversa, si aggiunga che le stesse disposizioni del nostro codice sono oscure, e quindi hanno dato luogo ad una molteplicità di sistemi intorno all'indole giuridica del diritto di separazione.

Né questa, notate, è una questione puramente accademica, d'interesse scientifico; ma vi sono delle conseguenze di cui importantissima è quella che concerne la risoluzione del conflitto tra creditori ereditarî separatisti, cioè che hanno domandato il diritto di separazione e creditori ereditarî non separatisti. Perché la legge, come vedremo tra poco, dice che il diritto di separazione giova a chi l'ha esercitato. Ora vi possono essere più creditori ereditarî, più legatarî, alcuni dei quali esercitano il diritto di separazione, altri no. Se il diritto di separazione, deve giovare solo a chi l'ha esercitato, si domanda: significa ciò che i creditori non separati-

sti non abbiano alcun diritto di concorrere con i cre-ditori separatisti: oppure che hanno questo diritto di concorso, ma in misura limitata? Questa questio-ne non si può risolvere adeguatamente, se non vedendo quale sia l'indole del diritto di separazio-ne; perchè se questo è semplicemente un diritto per-sonale, che ha valore soltanto rispetto ai creditori del-l'erede, allora i creditori separatisti non acquistano alcun diritto reale di preferenza rispetto ai non separatisti; conserveranno l'antica condizione giu-ridica di modo che se erano creditori chirografarî, resteranno tali anche rispetto ai creditori non sepa-ratisti. Se invece il diritto di separazione sia un ve-ro diritto reale d'ipoteca o simile alla ipoteca, ne ver-rà che chi ha esercitato la separazione potrà soddisfar-si dell'intero credito a danno dei creditori non sepa-ratisti, che si trovano nella condizione di semplici credi-tori chirografarî.

Un'opinione molto diffusa e che si fonda sulla tra-dizione romanistica, è che il diritto di separazione costituisca un privilegium exigendi, un diritto di prelazione che non costituisce diritto reale, ma sol-tanto diritto ad essere preferito in concorso di cer-te determinate persone. La natura di questo privile-gio non è precisa per il nostro codice. Due sono i diritti di prelazione, il privilegio e l'ipoteca. Ma il privilegio è diritto reale o personale? Alcuni dicono che sia un diritto reale, nè più nè meno

che l'ipoteca, da cui diversifica per la forma, per la causa del credito e per il modo di esplicazione; altri invece credono che il privilegio sia un diritto di prelazione personale soltanto, inquantochè non conferisce diritto sulla cosa e quindi non conferisce il diritto di perseguire la cosa presso chiunque si trovi, anche se sia stata validamente alienata, ma conferisce soltanto il diritto sul valore, sul prezzo della cosa, nel senso che quando l'oggetto su cui v'è privilegio sarà venduto, il creditore privilegiato ha diritto sul prezzo ad essere preferito agli altri creditori. Quindi in base a questa considerazione sarebbe un diritto che si esercita solo in concorrenza con gli altri creditori, e perciò sarebbe un diritto personale, e non reale; perchè il diritto reale è quello che per sua natura si esercita, anche se non vi siano altri creditori che hanno diritto sulla cosa.

Non crediamo necessario risolvere la questione in generale e in astratto; ci basterà vedere se il diritto di separazione possa considerarsi come un privilegio nel senso di diritto personale di prelazione che non importi diritto sulla cosa, ma semplice diritto ad essere preferito nella distribuzione del prezzo in confronto agli altri creditori. Alcuni hanno voluto sostenere questo in base ai principii romanistici, perchè pare che nel diritto romano fosse così; invece noi dobbiamo pensare il contrario per diverse ragioni desunte dalla legge stessa. Che non si tratti di diritto personale si rileva da questo,

che quando questo diritto deve esercitarsi sui beni immobili la legge vuole che si seguano le stesse forme volute per l'iscrizione ipotecaria (art° 2060). E non solo la legge vuole che si seguano le stesse forme occorrenti per l'iscrizione ipotecaria, perché questo non sarebbe decisivo, ma aggiunge qualche cosa di più: nell'art° 2065 dice: «tutte le disposizioni relative alle ipoteche sono applicabili al vincolo derivante dalla separazione dei patrimonî regolarmente iscritto sopra gl'immobili dell'eredità». Ora che vuol dire quest'articolo? Se la legge avesse voluto dire, come sostengono alcuni, che il vincolo del diritto di separazione deve assumere solo le forme esterne dell'iscrizione ipotecaria, quest'articolo sarebbe inutile, inquantoché c'è l'art° 2060 che riguarda appunto la forma da seguire. Perciò l'art° 2065, posto accanto all'art° 2060, non può concernere solo la forma dell'iscrizione. Certamente il fatto che il diritto di separazione assume la forma estrinseca dell'ipoteca non è decisivo, perché l'iscrizione, come la trascrizione, per se stesse sono delle forme di pubblicità, le quali possono aver luogo non solo per i diritti reali, ma anche pei diritti personali. Infatti la locazione oltre novennale sappiamo che dev'essere trascritta, eppure resta un diritto personale. Parimenti l'accettazione col beneficio d'inventario sappiamo che dev'essere trascritta, ma forse la trascrizione fa acquistare efficacia reale all'accettazione? No, la forma per se stessa nulla dice. Invece, considerando bene l'art° 2065, appare evidente che la legge non si rife-

dell'atto di alienazione per cui l'ipoteca è sorta (art° 1942 cap]) - Ciò posto, dimostrato che l'iscrizione della separazione sugl'immobili ha tutti i caratteri essenziali del diritto d'ipoteca, non può negarsi che sia un diritto reale, sia pure che non possa qualificarsi vera e propria ipoteca legale, ma debba dirsi un diritto reale analogo all'ipoteca.

Che poi sia un diritto reale si desume anche da un'altra considerazione, che non si può fare pel codice francese. Il codice francese parla di privilegio in generale della separazione e quindi s'è fatta una grande discussione se questo sia un privilegio personale o un privilegio avente i caratteri di diritto reale. Un autore francese, di criterio indipendente, dice che non ostante la dottrina e la giurisprudenza ritengano che sia diritto reale, non si può ammettere che sia tale; questo si potrebbe, solo ove la separazione importasse diritto a perseguire la cosa presso chiunque si trovi; ma dal momento che il codice francese tace in questo punto, non si può ritenere che si tratti di diritto reale. Nel nostro codice invece abbiamo che il diritto di separazione esercitato su immobili importa diritto di persecuzione verso il terzo: perchè nell'art° 2062 già da noi esaminato nella passata lezione, si dice che l'iscrizione della separazione è efficace non ostante siano avvenute delle trascrizioni o delle iscrizioni precedenti, il che significa che anche se l'erede abbia venduto un immobile, abbia

donato, abbia concesso un diritto di servitù o d'ipoteca, queste concessioni valgono come non fatte. Questo significa che il creditore ereditario o il legatario il quale iscriva in tempo utile il diritto di separazione, può perseguitare l'immobile validamente alienato dall'erede. Il diritto di separazione perciò, oltre ad assumere le forme dell'ipoteca, importa le stesse conseguenze dell'ipoteca, anzi delle conseguenze maggiori, inquantochè l'ipoteca derivante dal diritto di separazione importa diritto di perseguitare l'immobile, anche se alienato prima della separazione. Si dice: questo potrà essere vero per gl'immobili, ma per i mobili? Per i mobili confesso che la questione diventa più ardua, perchè la legge non dà alcun argomento per decidere. Infatti, mentre il diritto di separazione esercitato su immobili assume la forma e la sostanza di un vincolo ipotecario, invece per i beni mobili ci troviamo piuttosto di fronte ad un sequestro conservativo: il diritto di separazione sui mobili deve domandarsi in giudizio, ed il magistrato (Tribunale o pretore, a seconda dei casi) ordina che questi mobili siano posti sotto sequestro. Si può dire che questo sia un diritto reale o personale? Nulla ci dice la legge; però la logica vuole che se il diritto di separazione esercitato sui beni che hanno maggiore valore e maggiore importanza, quali sono i beni immobili, è un diritto reale d'ipoteca, si può conchiudere che un'analoga natura abbia il

diritto di separazione esercitato sui beni mobili. Come il diritto esercitato sui beni immobili è un diritto analogo all'ipoteca, così il diritto di separazione esercitato sui beni mobili è una specie di pegno legale e le cose che vengono poste sotto sequestro in base alla domanda di separazione, debbono servire a soddisfare i creditori che hanno domandato la separazione. Data l'unità concettuale dell'istituto della separazione, ch'è sempre un diritto di preferenza, se la legge ha ritenuto questo diritto di preferenza come un diritto reale, pei beni immobili, è logico ritenerlo tale per i beni mobili.

Delineata così la natura del diritto di separazione possiamo ora discutere la quistione importante che si fa da tutti gli autori, se vi sia o no preferenza in favore dei creditori separatisti a danno dei creditori non separatisti. Il codice dà qualche elemento per risolvere la questione, ma questo è insufficiente. Il codice dice che la separazione giova a coloro che l'hanno domandata. Su questa frase del codice che si trova nell'art° 2063 si possono fondare tutte e due le opinioni contrarie. Alcuni dicono: dal momento che la legge dispone che il diritto di separazione non giova se non a chi lo ha domandato, vuol dire che i creditori non separatisti non avranno diritto a concorrere con i separatisti sul patrimonio ereditario. Altri oppongono: ciò non è vero; dicendo la legge che la separazione non giova se non a chi l'ha domandata, vuol significare, che solo i creditori i quali hanno

domandato la separazione, non debbono subire il concorso dei creditori personali dell'erede, ma non già ch'essi soli debbono soddisfarsi esclusivamente sul patrimonio ereditario; quando la legge dice che i creditori non separatisti non si possono giovare della separazione, significa: ch'essi pur conservando il diritto di soddisfarsi sui beni ereditarî, debbono subire su questi stessi beni il concorso dei creditori personali dell'erede. Tanto l'una che l'altra opinione si fondano sulla parola della legge, questa non basta quindi per risolvere la quistione: ma bisogna metter capo all'indole giuridica del diritto di separazione. Supponiamo che il patrimonio ereditario sia di £40.000 e che vi siano tre creditori, ciascuno dei quali ha diritto a 20.000 lire, quindi abbiamo un passivo di 60.000 lire di fronte ad un attivo di 40.000. Due soli di questi creditori chiedono la separazione, il terzo non la chiede. Se si accoglie l'opinione secondo la quale i soli creditori separatisti hanno diritto a soddisfarsi esclusivamente sul patrimonio ereditario, ne viene che sulle 40.000 lire attivo ereditario avranno diritto a soddisfarsi solo i creditori che avranno domandato la separazione, cosicchè essi potranno esaurire tutto l'asse ereditario senza curarsi del terzo creditore che non ha domandato la separazione. Invece seguendo l'opinione di quelli i quali credono che la separazione non concede già il diritto di soddisfarsi esclusivamente sui beni ereditarî, ma solo un diritto di preferenza sui creditori personali dell'erede,

e che quindi anche i creditori non separatisti hanno diritto di concorrere sui beni ereditarî, subendo però il concorso dei creditori dell'erede, ne viene l'altra conseguenza che i primi due creditori che hanno iscritto il vincolo della separazione, non possono soddisfarsi per intero delle 20.000 lire che spetterebbero a ciascuno, ma debbono tenere conto delle altre 20.000 che spettano al terzo creditore. Quindi, siccome tutto l'attivo è 40.000 lire, e queste debbono ripartirsi proporzionatamente tra tutti e tre i creditori, ciascuno avrà £ 13.333.33 Quindi mentre i primi due creditori avranno £ 13.333.33 per ciascuno le altre 13.333 lire non spetteranno per intiero al terzo creditore, ma su queste concorreranno anche i creditori personali dell'erede. Ecco come anche con questo sistema viene ad essere applicata la lettera della legge; perchè i creditori non separatisti non ricevono un vero giovamento dalla separazione, in quanto debbono subire il concorso dei creditori dell'erede. Ma contro questo sistema si osserva che indirettamente così i creditori separatisti possono venire in certi casi a soffrire la presenza dei creditori personali dell'erede. Perchè? Poniamo che i creditori personali dello erede vantino poco, tanto da lasciare un largo margine per il pagamento dei creditori ereditarî. Seguirà che il creditore non separatista che trova da soddisfarsi sul patrimonio personale dell'erede, non molesterà i creditori separatisti pei quali resta libero tutto il patrimonio ereditario. Invece se il patrimonio personale dell'erede è oberato da debiti e si concede ai creditori

non separatisti il diritto di concorrere anche sui beni eredi=tarî, ne verrà la conseguenza che i separatisti indiretta=mente risentiranno danno dall'esistenza dei creditori per=sonali; mentre per principio generale essi debbono essere trattati come se i creditori personali non vi fossero. Tut=te e due le opinioni si fondano su argomenti plausi=bili, basati sulla lettera della legge. Invece se noi am=mettiamo il concetto che il diritto di separazione co=stituisce un diritto reale dobbiamo ritenere come tale, es=so conferisce a chi lo esercita un diritto pieno ed esclusi=vo. Se il diritto di separazione deve equipararsi ad una i=poteca, quali sono le conseguenze? Come chi iscrive ipoteca su un fondo è preferito per l'intero credito sui creditori non ipotecari, così chi ha iscritto il vincolo di separazione sa=rà preferito per l'intero credito ai creditori non separatisti. Ed invero la legge stessa pretende per l'iscrizione del vin=colo di separazione, la determinazione della somma. Per=chè questa determinazione se quel bene non fosse vincola=to per l'intera somma? Dato il carattere reale del diritto di separazione, ne viene che i creditori separatisti si posso=no soddisfare interamente dei loro crediti, fino alla concorren=za delle forze dell'asse ereditario; sicchè solo quando qual=che cosa resta, possono concorrervi anche i creditori non separatisti. Si dice che così si viene a turbare l'uguaglian=za nella condizione giuridica dei creditori; ma questo tur=bamento non è effetto della legge, ma è imputabile a col=pa degli stessi creditori, perchè la legge concede a tutti indistintamente i creditori ereditarii la facoltà di eserci=

tare il diritto di separazione. Se il diritto di separazione è un diritto reale ha però efficacia solo contro chi non l'ha esercitato quando invece più creditori separatisti esercitano tutti il diritto di separazione, prendendo iscrizioni in tempi diversi, pure queste varie iscrizioni si reputano avere unica data: onde il diritto di separazione tra i varii creditori che l'hanno esercitato non altera la primitiva loro condizione giuridica (art.° 2063). Quindi nel caso di tre creditori, tutti chirografarî, che hanno domandato la separazione in tempi diversi, pure avendo le varie iscrizioni date differenti ciò non importa, si considerano come se fossero state fatte contemporaneamente. Se erano creditori chirografarî prima, tali sono anche ora: quindi ove l'asse ereditario non basti a soddisfarli per intero, concorreranno per contributo. Ma una conseguenza che a prima vista potrebbe impressionare e che deriva dalla nostra opinione è la seguente: supponiamo che non siano stati i creditori che abbiano iscritto il vincolo della separazione, ma siano stati i legatarî, mentre i creditori furono negligenti; questi legatarî potranno soddisfarsi dell'intero legato e i creditori ereditarî potranno rimanere a mani vuote. Contro questa conseguenza si grida dai sostenitori della contraria opinione, da quelli specialmente che in cambio dei principî giuridici vogliono seguire principî di equità. Si dice: come mai volete preferire i legatarî ai creditori? Questa è una enormità: e s'invoca quel principio tradizionale del diritto romano, secondo il quale nessuno può fare delle liberalità se prima non si sia liberato dei debiti: « *nemo liberalis, nisi liberatus* ». Certamente

questa conseguenza è grave e contraddice alla citata massima romana; ma è dessa un principio generale di diritto? La massima romana non è un principio generale di diritto, è solo un principio di equità, che ha ispirato alcuni istituti giuridici ma che non è stato attuato nella sua generalità. Eccone la prova. Se fosse un vero principio giuridico ne verrebbe la conseguenza che chi à debiti non potrebbe fare delle donazioni: le donazioni fatte da chi ha debiti sarebbero nulle, perchè quando alcuno è oberato di debiti e ciononostante fa donazioni, egli viene a disporre di denaro non suo e quindi moralmente fa una cosa riprovevole; eppure giuridicamente non è così. Queste donazioni si possono impugnare dai creditori, non già per il semplice fatto che furono compiute in tempo in cui il donante era oberato di debiti; ma solo se il donante ha avuto la coscienza di danneggiare i suoi creditori (se insomma è il caso dell'azione pauliana). Ancora: se una persona carica di debiti fa un testamento in cui lascia tutti o alcuni suoi beni a titolo di legato, i legati sono validi o pur no? Sono validi, e la proprietà passa immediatamente dal defunto al legatario senza bisogno di nessuna accettazione. Questi legati sono sottoposti a riduzione per completare la legittima, ma non a riduzione per completare l'attivo ereditario e pagare i debiti. I creditori hanno un rimedio di cui parleremo tra poco; ma se non ricorrono a questo rimedio la massima «nemo liberalis, nisi liberatus» non può essere invocato. E non solo nella ipotesi di legati di cosa certa, i legatari vengono preferiti ai creditori,

perchè quelli acquistano sulla cosa un diritto reale che questi non hanno; ma anche nell'ipotesi di legati di quantità, in cui i legatarî sono altrettanti creditori dell'erede, non sono ad essi preferiti i creditori ereditarî, se l'erede accetti puramente e semplicemente. I creditori del defunto, come subiscono il concorso dei creditori personali dell'erede, così subiscono anche quello dei legatarî che vanno annoverati tra questi ultimi. In un sol caso la legge fa l'applicazione di quella massima, nel caso dell'accettazione col beneficio dell'inventario. Quando l'erede ha accettato col beneficio dell'inventario può pagare i legatarî e i creditori a misura che si presentano; ma i creditori ereditarî hanno diritto di regresso contro i legatarî pagati precedentemente. In questo caso la massima è applicato. La massima però non viene applicata neanche nell'ipotesi di beneficio dell'inventario in tutti i casi. Infatti quali sono i legatarî contro cui c'è diritto di regresso? I legatarî i quali non hanno che un diritto di credito; ma se il legatario sia di una cosa determinata, la cui proprietà si è trasmessa direttamente dal defunto, contro di lui che ha avuta la consegna della cosa dall'erede, il regresso non c'è perchè in questo caso il legatario ha esercitato un suo diritto reale. Ecco, per concludere, che in moltissimi casi quella massima non ha applicazione, resta un principio vuoto, Quindi non possiamo scandalizzarci se vediamo il legatario preferito ai creditori ereditarî solo perchè ha esercitato il diritto di separazione.

Un'altra conseguenza derivante dalla natura reale del

vincolo di separazione è questa: che mentre il debito è di=
visibile, colla separazione diventa indivisibile. Supponiamo che
vi siano più eredi: se si dovesse dividere il debito, i cre=
ditori dovrebbero pretendere da ciascuno dei varî coeredi
una data porzione, invece se i creditori chirografarî prendono
iscrizione a titolo di separazione sui beni immobili dell'eredità,
senza badare a chi dei varî coeredi appartengono, ne segue
che il coerede possessore di quest'immobile, qualunque sia,
deve pagare l'intero debito ereditario, appunto perchè que=
sto è l'effetto dell'ipoteca.
Infine è da notare che, diversamente dal Diritto roma=
no e anche dal francese, il diritto di separazione spetta ai
creditori non solo contro l'erede, ma anche contro i lega=
tarî, con le stesse forme e gli stessi effetti con cui or=
dinariamente s'esercita contro l'erede. Ciò risulta esplici=
tamente dall'art° 1033, in cui è detto: << il legatario non è
tenuto a pagare i debiti ereditarî, salvo però ai credito=
ri l'azione ipotecaria sul fondo legato, e salvo altresì
il diritto di separazione >> In tal guisa i creditori ere=
ditarî evitano il pericolo di vedere esaurito in tutto o in
parte, a loro danno, l'asse ereditario: il legatarii, eserci=
tatosi il diritto di separazione sui beni loro pervenu=
ti per testamento, si trovano nella stessa condizione che
se avessero avuto dei beni ipotecati: non rispondono per=
sonalmente dei debiti iscritti, ma ne rispondono propter
rem: dovranno cioè subire l'esercizio dell'azione rea=
le, se non preferiscano pagare i creditori. In tal mo=
do costoro, ma in tal modo soltanto, possono far trion=

fare la vecchia massima « nemo liberalis, nisi liberatus » che altrimenti invocherebbero invano: il che riesce expediente più che utile, necessario addirittura, ove il testatore abbia disposto dei suoi beni tutti a titolo di legato, senza lasciare un erede; o anche se abbia lasciato un erede, questi abbia accettato con beneficio d'inventario, mentre la maggior parte dell'asse ereditario è stato consumato in legati di cosa certa e determinata; oppure anche se abbia accettato puramente e semplicemente ma abbia un patrimonio oberato da debiti. Si scorge così ancor meglio come, esteso il rimedio della separazione anche contro i legatari, riesce sempre più impropria l'espressione giusta nel Diritto romano, cioè « separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede »

Lezione XXVIII^a

Sommario

Rapporti tra i varii coeredi - La collazione - Concetto: storia: fondamento e scopo - Casi in cui essa deve aver luogo -

Dopo aver parlato dei rapporti tra gli eredi e i terzi, bisogna parlare dei rapporti dei coeredi fra loro.
Se ad una persona succedono più eredi, i rapporti tra di questi si concretano nell'operazione della divisione. Dalla teoria della divisione credo però utile scindere la teoria che riguarda un'operazione preliminare ad essa importantissima cioè la collazione. Noi potremmo logicamente parlare della collazione trattando della divisione, ma così il discorso verrebbe ad essere frastagliato: invece per studiare ampiamente quest'istituto ne parleremo a parte. Solo ricordiamo che la collazione non ha significato se non in rapporto alla divisione: quindi se la divisione non ha luogo perchè c'è un solo erede, non c'è possibilità nemmeno di parlare della collazione; onde un'operazione preliminare della divisione si può dire la collazione; ma un'operazione preliminare non di ogni divisione ereditaria, ma solo di quella che abbia luogo tra i discendenti del defunto, come meglio vedremo.
Che cos'è la collazione, qual'è il suo scopo, quale il suo fondamento, quali i suoi requisiti?
La collazione è uno degli argomenti più oscuri che vi sia

no nel nostro codice, in materia di successione, perchè molte disposizioni di legge solo inesattamente vengono riferite alla collazione, ed inoltre l'istituto, quale è disciplinato dal nostro codice, non è più quello del Diritto romano e delle consuetudini francesi. Onde bisogna tener conto delle inesattezze della legge e delle differenze fra le precedenti legislazioni per avere il concetto esatto di questo istituto.

La collazione, come dice la parola stessa, consiste nel conferire nella massa ereditaria delle liberalità avute in vita dal defunto, allo scopo di evitare una disparità di trattamento tra i coeredi. Questo è il concetto ampio che si può applicare alla collazione in qualsiasi legislazione. Però volendo meglio determinare questo concetto per il diritto nostro, possiamo dire che la collazione consiste nell'obbligo che ha un coerede discendente del defunto di conferire nella massa ereditaria le donazioni avute dal defunto stesso, per evitare la disparità di trattamento rispetto agli altri coeredi egualmente discendenti dal defunto. Cosicchè come vedremo meglio, i requisiti per l'obbligo della collazione sono questi: anzitutto che vi sia una donazione, che la donazione sia stata fatta dal de cujus, che sia stata fatta ad un discendente, che questo discendente sia erede, e che succeda insieme ad altri discendenti del defunto. E solo quando questi requisiti s'incontrano sorge l'obbligo della collazione.

Qual è il fondamento e quale lo scopo dell'istituto della collazione? Se voi consultate tutti gli autori francesi ed italiani, trovate generalmente ripetuto che l'istituto della colla-

zione si basa sulla presunta volontà del defunto e ha per iscopo di mantenere la completa uguaglianza tra gli eredi discendenti. Si presume che un ascendente non voglia trattare disugualmente i suoi discendenti e che perciò quando ha fatto donazione ad un discendente abbia inteso farla solo a titolo d'anticipazione della quota di successione. Su questa presunzione di volontà, la quale ha il suo fondamento nell'eguale affetto verso i varî discendenti, si fonda l'obbligo della collazione, la quale così viene a concretare quell'eguaglianza tra i varî discendenti che si deve presumere in base al presunto affetto che un padre deve avere per i figli. Ora questo fondamento, secondo me, è falso, e la falsità di esso si dimostra guardando brevemente la storia della collazione. Come si è originato l'istituto della collazione nel Diritto romano? Sapete che i figli emancipati non avevano per il jus civile il diritto alla successione paterna, perchè al padre succedevano soltanto i sui. Il Pretore, in base all'equità, ammise anche gli emancipati alla successione paterna, ma non senza una limitazione; perchè se gli emancipati fossero successi al padre nella stessa misura che i sui, ne sarebbe venuto una grave iniquità, in quanto mentre gli emancipati appunto perchè tali avevano potuto fare degli acquisti in nome proprio, invece i sui, appunto perchè sottoposti alla patria potestà, non avevano potuto acquistare niente, e tutto ciò che avessero potuto acquistare con la loro industria l'avevano acquistato in favore del pater familias e quindi della massa ereditaria che veniva

così aumentata degli utili ricavati dai sui col proprio lavoro. Or se gli emancipati avessero dovuto partecipare all'eredità senz'altro avrebbero profittato delle fatiche dei sui e avrebbero conservato gli acquisti fatti per proprio conto dopo l'emancipazione il che si sarebbe risoluta in una disparità manifesta. Per evitare questa disparità il Pretore concesse agli emancipati il diritto di succedere al padre, in concorso ai sui, però con questa limitazione, che essi dovessero conferire nella massa ereditaria tutti i beni che avevano acquistato in nome proprio e che non avrebbero potuto acquistare ove fossero rimasti ancora sotto la patria potestà. Da questa collatio bonorum derivava l'uguaglianza di trattamento tra i sui e gli emancipati, inquantochè se tutto ciò che avevano acquistato i sui si trovava nella massa ereditaria, anche tutto ciò che avevano acquistato gli emancipati in nome proprio era giusto che dovesse trovarsi nella stessa massa. Quindi lo scopo della collatio in origine fu quello di parificare la condizione degli emancipati a quella dei sui. Ma non entrava per nulla la volontà del de cujus non trattandosi di conferire beni da lui provenienti. Un'altra applicazione del medesimo principio di equità dianzi ricordato si ebbe poi per le figlie sottoposte alla patria potestà. Anche queste non potevano acquistare niente, ma introdotto l'istituto della dote conseguiva che quando le figlie dotate dovevano partecipare alla successione paterna o materna, qualora esse non avessero dovuto tener con-

to della dote avuta, si sarebbero trovate in condizione migliore dei maschi sottoposti alla patria potestà e delle figlie non dotate. Per togliere tale inconveniente si introdusse la collatio dotis, cioè le figlie maritate sottoposte alla patria potestà dovevano conferire la dote, sia che questa fosse profecticia, sia che fosse advencticia, od in altre parole, sia che derivasse dal patrimonio paterno, sia che derivasse dal patrimonio di un terzo. Anche qui la volontà del padre non ci entrava per nulla potendo la dote esser costituita da un estraneo. Scomparse le differenze tra i sui e gli emancipati; gl'istituti della collatio bonorum e della collatio dotis non avevano ragione di esistere giacchè tutti i figli potevano acquistare in nome proprio. Nel diritto Giustinaneo l'istituto della collatio cambiò fisonomia e scopo, pur rimanendo la stessa parola. Data la capacità che tutti i figli avevano di acquistare in nome proprio, che cosa si doveva conferire nel caso di concorso di più figli che succedono ad unico genitore? Non già tutti i beni che alcuni avessero acquistato, non già la sola dote, ma quelle donazioni che un discendente avesse avuto; qualora, notate, queste donazioni, date le circostanze di fatto, potessero presumersi fatte a titolo di anticipazione della futura quota di successione. In tal modo appare come la collatio in quest'ultimo senso trovasse un addentellato nella collatio dotis. Abbiamo visto infatti che quando la figlia era sottoposta alla patria potestà doveva conferire la dote profecticia ed advencticia. Distrutto l'istituto della suità, ne seguì che se, quando la dote era advencticia non c'era più

ragione della collatio dotis, perchè la dote costituita da un terzo era un beneficio che non derivava dal patrimonio ereditario, rimase però la possibilità della collatio dotis nel caso che la dote fosse *profecticia*, perchè altrimenti sarebbe seguita una disparità di trattamento tra le figlie non dotate, tra le figlie dotate ed i maschi, e come la dote furono sottoposte a collazione le donazioni che avessero carattere d'assegno fatte dal padre ai figli, non già allo scopo di fare una liberalità, ma allo scopo di fare un'anticipazione. L'istituto della collazione pur conservando l'antico nome e lo scopo generico di mantenere una certa parità di trattamento tra i figli cambiò natura, in quanto servì a far conferire che quelle donazioni che si dovevano presumere fatte in anticipazione della quota di successione e quindi ad attuare tra i discendenti quell'eguaglianza che lo stesso ascendente aveva mostrato di volere, e nei limiti della sua volontà. Il principio fondamentale della collazione delle donazioni in Diritto romano si può dire essere stato il rispetto della volontà del padre famiglia, e lo scopo il mantenimento dell'eguaglianza tra i discendenti, se in quanto fosse voluta dall'ascendente. Infatti per Diritto romano furono sottoposte a collazione non già tutte le donazioni, ma solo quelle che per le circostanze in cui furono fatte e per la loro natura davano a divedere chiaramente che l'intenzione del donante fu quella di dare una anticipazione sulla quota d'eredità, quali la dote, l'assegno per l'esercizio di un'arte industria e simiglianti (1). Che avvenne

(1) In tali casi, quando cioè non si tratta di una donatio simplex,

nel Diritto francese?
Nel Diritto francese l'istituto della collazione ebbe fondamento del tutto diverso. Infatti se nei paesi di diritto scritto o di Diritto romano, si seguirono i principî del diritto romano alterati, in quanto furono sottoposte a collazione tutte le donazioni, invece nei paesi di Diritto consuetudinario, in cui prevaleva lo spirito del Diritto germanico, l'istituto della collazione, se continuò a conservare il nome romano ebbe sostanza tutta diversa, perchè non solo tutte le donazioni senza eccezione alcuna, ma anche tutte le liberalità testamentarie furono sottoposte a collazione, in base al principio che nessuno potesse essere erede e legatario o erede e donatario nel tempo stesso. Quali furono le conseguenze di questa innovazione? Conseguenze gravissime, perchè così si tolse qualsiasi libertà ad una persona di disporre delle cose sue. Quand'anche alcuno avesse fatta una donazione senza intenzione di voler fare un'anticipazione sulla quota successoria, questa donazione era sottoposta a collazione, C'è di più: quando alcuno fa un legato sia pure all'erede legittimario, è chiara l'intenzione di voler dare qualche cosa di più della legittima. Eppure di quest'intenzione non si teneva nessun conto, in quanto gli eredi che erano legatari non

ma di una donazione imposta da determinate convenienze o necessità sociali (matrimonio, collocamento di un figlio), è chiaro che il padre si determinò a farla non per una pura predilezione; ma per soddisfare determinate esigenze, che ove si fossero verificate per altri figliuoli lo avrebbero indotto allo stesso trattamento verso di essi. Invece nelle donazioni semplici, non vi è alcuna necessità o convenienza che astringa il donante: se l'ascendente dona, è proprio perchè intende beneficare in modo particolare un figlio più che un altro (Cf. Ferrini Pandette, § 653).

potevano approfittare di questi legati dovendo metterli in collazione. Così, riesce evidente che, mentre il Diritto romano partì dal principio della libertà individuale nella disposizione dei propri beni, invece il Diritto francese seguendo il germanico si fondò sul principio della comproprietà di famiglia non tenendo alcun conto della libertà individuale. I componenti di una famiglia erano eredi del capo di essa per legge, per diritto del sangue, non per volontà dell'uomo (solus Deus potest facere haeredes, non homo), perchè essi erano considerati come comproprietarî del patrimonio famigliare; quindi i loro diritti non potevano essere alterati dalla volontà dell'uomo. Conseguenza di questo principio, e sanzione di esso fu l'istituto della collazione, perchè colla collazione si impediva a persona che avesse eredi legittimi di disporre in qualsiasi modo, sia per atto tra vivi sia per testamento, essendo tutte le donazioni, tutti i legati fatti agli eredi sottoposti a collazione; onde le donazioni e i legati si consideravano come non fatti, perchè gli eredi dovevano succedere sempre per parti eguali, come prescriveva la legge. La collazione nel Diritto consuetudinario francese dunque à per fondamento il principio della comproprietà familiare, non la volontà effettiva o presunta del defunto, a cui anzi le più volte contraddiceva.
Questo principio comune a tutto il Diritto francese fu applicato da alcuni statuti più rigorosamente, da altri meno rigorosamente. Infatti in alcuni statuti si stabilì che la collazione delle donazioni o dei legati fosse dovuta anche quando il testatore espressamente ne

avesse dispensato. Inoltre si era obbligati a conferire le donazioni ed i legati anche se il donatario rinunziasse all'eredità. Cosicchè in nessun modo si poteva sfuggire alla collazione. Questi statuti rigorosi vennero detti statuti di eguaglianza perfetta, di eguaglianza assoluta ed erano i più antichi ma meno numerosi. Da altri statuti meno rigorosi, detti statuti di eguaglianza semplice, fu proibita sì la dispensa della collazione, ma d'altra parte si permise all'erede di rinunziare alla successione per non essere obbligato a conferire le donazioni precedentemente ricevute. Questi erano i più numerosi e rappresentavano il diritto romano.
Altri statuti infine permisero al donante di esprimere la sua volontà contraria alla volontà della legge, concedendogli facoltà di dispensare dalla collazione le donazioni o i legati che pure per sè stessi vi sarebbero sottoposti. Questi statuti erano detti di precapienza (de preciput). Qui troviamo anche il principio della comproprietà familiare, però non con efficacia assoluta, ma con efficacia derogabile dalla volontà del donante o del testatore; abbiamo un tentativo di conciliazione tra il principio obbiettivo, rigoroso della comproprietà familiare ed il principio obbiettivo del rispetto della volontà individuale. Questi ultimi statuti furono riprodotti dal Codice Napoleonico, il quale esige che tutte le donazioni non solo, ma anche tutti i legati debbono essere conferiti, ma che possa esservi dispensa della collazione ed anche rinunzia all'eredità, senza perdere la donazione o il legato. Il Codice Napoleonico seguendo questi statuti non applicò evidentemente il principio romano, perchè anzitutto mentre il Diritto ro-

mano voleva la collazione soltanto di quelle donazioni, che per sè stesse implicano la volontà nel donante di farle a titolo di anticipata eredità, invece dal codice francese si ammise la collazione di tutte le donazioni e quindi anche di quelle che per sè stesse non importano quella volontà. Inoltre mentre il Diritto romano non concepiva la possibilità della collazione dei legati, perchè i legati si fanno appunto per dare qualche cosa di più di quello che la legge concede, onde è implicita la volontà di non sottoporli a collazione, invece il codice francese obbligò alla collazione i legati; e solo una legge recentissima ha esentato i legati dalla collazione. Vige perciò anche nel Diritto francese il principio della comproprietà familiare contemperato col rispetto della volontà individuale. Mentre per Diritto romano la volontà individuale, sia pure presunta, era il fondamento della collazione, pel Diritto francese, la volontà individuale è fondamento solo delle eccezioni al principio della collazione, la quale si basa esclusivamente sulla legge che volle proteggere il sistema della comproprietà domestica. Il codice nostro ha fatto un altro passo che però non basta a distruggere il principio della comproprietà familiare quale lo vediamo attuato negli statuti francesi meno rigorosi e nel codice Napoleone. Infatti pel nostro codice i legati non sono soggetti a collazione, e in ciò si ritorna al Diritto romano, ma d'altra parte sono sottoposte a collazione tutte le donazioni indistintamente, al contrario di ciò che seguiva per Diritto romano. Ora il fatto di sottoporre a collazione tutte le donazioni indistintamente, per noi è un fatto significativo che a chia-

re note dimostra come il principio della presunzione di volontà non può essere posto a fondamento della collazione. Eccone la prova. Quando alcuno dona ad una persona che sarà suo erede per legge, si può dire così senz'altro che la donazione è fatta colla intenzione di attribuire parte di ciò che gli spetterà poi per successione? No, perchè a supporre sempre questa intenzione si espone lo stesso principio dell'irrevocabilità della donazione sancito dalla legge nostra; in forza del quale scaturisce la presunzione, semplice e naturale che chi dona intenda attribuire al donatario un vantaggio che altrimenti non gli spetterebbe per legge; mentre il sottoporre le donazioni a collazione importa appunto una revoca delle donazioni e disconoscimento di quella logica conseguenza. Se una donazione è una liberalità attuale e irrevocabile, non si può presumere ch'essa sia fatta sempre sotto la condizione dell'obbligo di conferirla, e in conto della quota ereditaria. L'irrevocabilità invece impone che sino a quando non si provi una volontà in contrario, siasi inteso attribuire un vantaggio patrimoniale in via definitiva e senza riguardo alla futura successione. Il diritto Romano partiva dal principio del rispetto della volontà del donante, in quanto, come si è detto, non tutte le donazioni venivano sottoposte a collazione ma solo quelle caratterizzate, quelle cioè che per lo scopo e per le circostanze in cui furono fatte dimostravano che l'intenzione del donante non era di fare una vera liberalità, come pure è stato stabilito dal Codice Civile Germanico.

Invece il nostro Codice sottoponendo a collazione tutte indistintamente le donazioni non si può dire basato sul medesimo principio della presunta volontà del donante.

E una riprova di ciò sta nel fatto che la collazione è dovuta anche dal discendente che viene alla successione, pur non essendo egli erede presuntivo al tempo in cui ricevette la donazione. Ciò era testualmente detto nell'art° 846 del Cod. francese ma non c'è difficoltà ad ammettersi anche da noi.

Suppongasi che un tale vivendo il figlio, faccia una donazione al nipote: egli è ben lontano dal pensare che per la premorienza del figlio, suo erede sarà il nipote. E' da escludersi quindi ch'egli abbia potuto avere l'intenzione di donare solo in conto della futura eredità. Eppure se per un evento fortuito posteriore, il nipote diviene erede, egli deve conferire.

E' chiaro quindi che il principio romano riesce insufficiente a spiegare la disposizione della legge nostra, e bisogna trovare un altro che giustifichi la collazione. Questo non può essere che il rispetto al diritto famigliare, al diritto di comproprietà domestica, di cui resta però un residuo, anzi un'ombra, perchè non solo viene contemperato, ma sopraffatto dall'altro principio della libertà individuale, la quale può distruggere l'efficacia della collazione, non solo se venga esercitata dal donante con la dispensa, ma anche dallo stesso donatario, mediante la rinunzia. Di qui segue

che pel Diritto nostro l'istituto della collazione non riesce a raggiungere lo scopo di conservare la comproprietà domestica, nè di rispettare la volontà del defunto. Non riesce a raggiungere lo scopo di mantenere la comproprietà familiare, perchè basta la dispensa della collazione; non raggiunge lo scopo di rispettare la volontà individuale, in quanto dà al donatario il diritto di rinunziare all'eredità, il che è molto grave. Infatti supponiamo che un padre di famiglia abbia fatto una donazione, e inoltre abbia dichiarato espressamente che la donazione debba mettersi in collazione; nonostante tale volontà, il figlio donatario accortosi che mettendo in collazione i beni donati verrebbe a perdere, non già a guadagnare, rinunzia all'eredità: ed ecco che così si viene a violare la volontà del defunto. Dunque non è esatto che il principio informatore della legge sia quello di rispettare la presunta volontà del defunto. E non è esatto nemmeno vedere che lo scopo della collazione sia di mantenere la perfetta eguaglianza tra i discendenti: questo sarebbe, ove la legge si fosse attenuta esclusivamente o al principio della volontà del padrefamiglia, o a quello della comproprietà domestica: perchè nell'un caso scopo della collazione sarebbe stata l'uguaglianza completa tra i discendenti voluta dall'ascendente, nella stessa eguaglianza imposta dalla legge.

Perciò tale istituto, così come è ora disciplinato, non ha ragione di essere e sarebbe stato meglio obbligare alla collazione solo se il donante o il testatore l'avesse

effettivamente voluto: de jure condito possiamo dire che la norma del codice è una norma meramente dispositiva: cioè il legislatore non impone l'eguaglianza, né la presume voluta dal donante, ma la ordina fino a quando non risulti una volontà contraria. In altri termini il legislatore vuole l'eguaglianza ed ordina la collazione, ma permette al privato di derogare a tale regola, che non ha carattere assoluto e indeclinabile.

In ogni modo, anche se si voglia ritenere l'opinione comune che si fonda sulla presunzione di volontà, è bene ricordare che questo si può considerare tutt'al più, come un semplice presupposto o motivo della legge e nient'altro. Se consideriamo la presunzione di volontà come presupposto, o meglio, come motivo psicologico, allora la questione se questo motivo sia esatto o no, è una questione teorica che non ha importanza pratica. Se invece riteniamo che sia il principio informatore della legge, ne vengono delle conseguenze pratiche gravissime e dovremmo negare la collazione ogniqualvolta c'incontriamo in casi in cui la presunta volontà non può affermarsi e in cui l'istituto della collazione non raggiunge il preteso scopo di portare l'eguaglianza tra i coeredi. Invece la legge dispone che la collazione è dovuta quando c'è una donazione fatta ad un discendente, e il discendente sia un erede che concorre con altri discendenti. Tutte le volte quindi che troviamo questi requisiti, dobbiamo dire che la collazione deve aver luogo, e poco importa se in qualche caso non si può ragionevolmen-

te presumere che il defunto abbia voluto la piena ugua-
glianza tra i discendenti; perchè questo non è punto un
requisito di legge. Perciò se si suole ritenere che lo scopo
della collazione sia la eguaglianza dei coeredi in base
alla presunta volontà del defunto ciò tutt'al più potrà
considerarsi come un modo di spiegare la legge, un pre-
supposto o motivo da cui il legislatore è partito, ma
non può riguardarsi come vero principio legislativo aven-
te efficacia obbligatoria, in modo che non potendosi verifi-
care quello scopo, non si debba attuare l'istituto della
collazione. Ciò ho detto, perchè vi sono stati degli autori,
i quali, partendo appunto dal principio che la collazione
è un istituto che si basa sulla presunta volontà del de-
funto allo scopo di raggiungere la eguaglianza, e deducen-
done logicamente tutte le conseguenze, come se si trat-
tasse di un vero principio di legge, sono caduti in varî
errori nel determinare il campo di applicazione dello
istituto della collazione. Si domanda: la collazione quan-
do è possibile? Questi autori rispondono: la collazione non
è possibile quando vi sia una successione testamenta-
ria in cui siano chiamati sì dei discendenti, ma in
parti disuguali, oppure quando vi sia una successione
testamentaria in cui siano chiamati degli estranei, men-
tre i discendenti sono trascurati; oppure quando vi sia
una successione testamentaria in cui i discendenti sono
chiamati in parti eguali, ma in mezzo a loro ci sia
un erede estraneo. In tutti questi casi non avrebbe luo-
go la collazione, la quale invece riguarda solo il caso di

successione intestata, o di successione testamentaria esattamente corrispondente alla legittima. Ciò non è vero; per convincersene basta esaminare le disposizioni del nostro codice. Infatti mentre il codice francese parla della collazione solo a proposito della successione legittima, invece il nostro codice parla della collazione tra le disposizioni comuni alla successione legittima e testamentaria, sicchè basta questa semplice osservazione sulla topografia delle disposizioni riguardanti la collazione per derivare la conseguenza che lo istituto della collazione non si può restringere solo alla successione legittima. Ma si obbietta: supponiamo il caso che si tratti di successione testamentaria in cui i figli sono stati chiamati in parti disuguali o sono stati negletti, ed il padre ha istituito erede un estraneo, oppure sono chiamati in parti uguali insieme con un estraneo; come si può presumere in questi casi che il testatore abbia voluto mantenere l'eguaglianza tra i suoi discendenti, se egli ha voluto che fossero eredi in parti disuguali o non si è curato per nulla di loro, ma ha preferito un estraneo; oppure chiamando insieme con loro un estraneo, ha dimostrata chiara la volontà che nemmeno tutto l'asse ereditario andasse ripartito fra di loro? Egli anzi ha dimostrato in tal modo chiaramente di non volere rispettare l'eguaglianza tra i figli e quindi manca il fondamento e lo scopo della collazione, ove alcuno di loro abbia in vita ricevuto una donazione. Questa è ragione formalmente logica, che sarebbe sostanzialmente giusta qualora la legge dicesse, che solo ove la volontà del testatore sia tale da far presumere il desiderio dell'egua-

glianza, la collazione è dovuta; talchè quando, come nei casi esposti si vede che non si è voluto assolutamente mantenere tale eguaglianza la collazione non è dovuta. Ma ciò non essendo, e invece ricorrendo tutti i requisiti di legge per la collazione questa sarà dovuta: ciò non ci par dubbio, e tale è del resto l'opinione prevalente. Nel caso che i figli sono stati chiamati alla successione testamentaria, in parti disuguali, è evidente la volontà di escludere la collazione? Potrebbe essere questa, ma potrebbe anche darsi che l'intenzione del defunto sia stata un'altra, quella cioè di voler disporre per mezzo di legati. La legge dice che i legati non sono sottoposti a collazione, pur rimanendo sempre sottoposte a collazione le donazioni; così la disuguaglianza rimane limitata solo alle disposizioni testamentarie, ma per ciò che riguarda le donazioni tra vivi, l'eguaglianza dev'essere mantenuta nei limiti del possibile. Perciò anche se il testatore abbia disposto delle sue sostanze in parti disuguali, ove uno degli eredi abbia avuto una donazione, questa dev'essere posta in collazione. Così anche nell'altro caso in cui i discendenti siano chiamati per testamento in parti uguali, ma vi sia anche un estraneo. La presenza di un estraneo può impedire la collazione? La presenza di un estraneo ci mostra che il testatore non volle distribuire l'asse ereditario solo tra gli eredi ma ciò non toglie che le donazioni fatte precedentemente debbano essere computate per mantenere l'eguaglianza relativa nei limiti voluti dallo stesso testatore. E infine nel caso che il testatore abbia trascurato addirittura i figli, i quali avranno diritto alla sola legittima, la collazione servirà

a far sì che nessuno dei figli abbia più dell'altro. Perciò l'opinione dominante è giusta. Ad ogni modo bisogna tener presente che altro è il jus cioè la disposizione di legge, altra è la regula juris. La regula juris è una norma dottrinaria che per essere vera dev'essere fondata su disposizioni legislative, ma accolta una regola dottrinale giuridica, da questa non possiamo desumere delle conseguenze pratiche, come se essa fosse un precetto legislativo. I romani dicevano sapientemente: «non ex regula jus sumatur; sed ex jure quod est, regula fiat» Ciò valga contro coloro che dal concetto di una presunzione di voluta eguaglianza tra i discendenti fanno derivare delle conseguenze pratiche nell'applicazione delle norme di legge intorno alla collazione. Tale concetto non essendo un principio di legge, ma avendo un valore semplicemente dottrinale, e per di più molto discutibile, non può servire di fondamento a illazioni che alterano le norme poste dalla legge, o vi aggiungono qual cosa che in esse non s'incontra

---

Lezione XXIXª

Sommario

Segue: la collazione - Distinzione dalla riunione fittizia - dalla riduzione - dall'imputazione, considerata nei suoi diversi scopi - Chi ha l'obbligo di conferire - La dispensa dalla collazione - A chi si deve conferire -

Dopo aver dato il concetto generale e visto il fondamento della collazione nel Diritto italiano, bisogna per meglio delineare la figura di questo istituto metterlo in raffronto con altri, che facilmente si potrebbero confondere con esso per l'analogia che presentano, e con cui il codice stesso l'ha confuso talora. Invero molte regole poste dal nostro codice intorno alla collazione si riferiscono ad istituti che le sono soltanto analoghi; onde se si volessero interpetrare come relative alla collazione, non avrebbero alcun significato; oppure darebbero luogo a conseguenze erronee. Perciò bisogna distinguere la collazione dalla riunione fittizia, dalla riduzione e finalmente dall'imputazione delle donazioni.

La collazione si distingue nettamente dalla riunione fittizia delle donazioni. Trattando dell'azione di riduzione abbiamo detto che un'operazione preliminare della riduzione delle donazioni lesive della legittima, è la formazione della massa ereditaria ed una delle operazioni che conducono alla formazione della massa ereditaria è la riunione fittizia di tutti i beni donati ai beni lasciati dal de-

funto dopo d'avere da questi sottratti i debiti. Solo fatta la riunione fittizia dei beni donati ai beni lasciati, si può calcolare qual'era la quota di cui il testatore poteva disporre liberamente, e qual'era la quota riservata come legittima. Ora se la collazione si può confondere a prima vista, con la riunione fittizia, perchè esse hanno ciò di comune, che tanto l'una quanto l'altra consistono nell'aggiungere alla massa ereditaria i beni donati; pure, tranne quest'apparente somiglianza, vi sono delle differenze sostanziali. La riunione delle donazioni per formare la massa ereditaria, è come dice la stessa espressione, una riunione fittizia, ideale, è un'operazione fatta per calcolare soltanto i beni di cui il testatore potea disporre; ma non importa revoca delle donazioni, non importa effettivo aumento della massa ereditaria, perchè i donatari non debbono realmente mettere nella massa ereditaria i beni donati privandosi così della proprietà acquistata; ma sono sottoposti a perderli solo se in quanto le donazioni ricevute abbiano leso la legittima. Invece la collazione importa risoluzione delle donazioni, in quanto chi ha ricevuto delle donazioni deve mettere in comune i beni donati, che vengono trattati come se non fossero mai usciti dal patrimonio del donante. In secondo luogo la riunione fittizia riguarda tutte le donazioni a chiunque fatte; quindi non solo le donazioni fatte ai discendenti del defunto, non solo le donazioni fatte agli altri eredi, anche non discendenti, ma anche le donazioni fatte ad estranei; tutte le donazioni debbono riunirsi fittiziamen-

te nella massa ereditaria per fare il calcolo esatto del patrimonio del defunto. Invece la collazione riguarda soltanto le donazioni fatte ai discendenti del defunto che concorrono con altri discendenti. Finalmente diversificano questi due istituti per lo scopo; scopo della riunione fittizia non è altro che di calcolare il patrimonio di cui il defunto poteva disporre, invece la collazione delle donazioni ha lo scopo di mantenere nei limiti del possibile l'eguaglianza di trattamento tra i discendenti. Quindi anche se la riunione fittizia delle donazioni non occorra, perchè è chiaro che il defunto dispose dei beni nei limiti di legge, pure la collazione è dovuta, perchè lo scopo è diverso; in quanto la riunione fittizia ha lo scopo del semplice calcolo dell'entità del patrimonio del defunto, invece la collazione è dovuta anche se il testatore si mantenne nei limiti della legge e solo perchè vi sono dei discendenti, che concorrendo con altri discendenti devono essere trattati con una certa uguaglianza, fin dove non giunge la contraria volontà del defunto. Perciò sono cose distinte; pure il codice in un articolo parla di collazione intendendo riferirsi alla riunione fittizia (art° 1014 capov).

Altra distinzione da fare è tra collazione e riduzione. Tanto la riduzione che la collazione si riferiscono alle donazioni; e tanto l'una che l'altra importano una risoluzione delle donazioni fatte; come il donatario che ha avuto una donazione conferendola perde il beneficio che aveva avuto, così anche colui che ha avuto una donazione, se vien sottoposta a riduzione perde il beneficio conseguito. Sotto questo aspetto la riduzione e la collazione si somigliano e si possono confondere

Esse però si diversificano sostanzialmente, se si guardano da altri aspetti. La collazione ha lo scopo, come ho detto, di mantenere quanto è possibile eguaglianza di trattamento tra i discendenti; la riduzione ha lo scopo di mantenere integra la quota di riserva. Quindi può benissimo accadere che alcune donazioni non siano sottoposte a riduzione, perchè il defunto facendole non eccedette la quota disponibile e pure siano sottoposte a collazione, perchè altrimenti verrebbe ad essere alterata l'eguaglianza tra i varî discendenti. Questi istituti oltre che per lo scopo, differiscono ancora per le persone a cui si riferiscono, perchè mentre la collazione è un obbligo che incombe ai donatarî in quanto sono discendenti ed eredi del donante, in confronto di altri coeredi ugualmente discendenti, invece la riduzione è un obbligo che incombe a qualsiasi donatario, ancorchè non sia erede e sia un estraneo. La collazione riguarda egualmente tutte le donazioni fatte ai discendenti che succedono al defunto in qualsiasi tempo furono fatte; invece la riduzione non riguarda tutte le donazioni indistintamente, ma solo quelle che per essere ultime in data hanno intaccata la legittima. L'istituto, dunque, della collazione si differenzia dall'istituto della riduzione sia per lo scopo, sia per la persona a cui incombe l'obbligo, sia per l'oggetto cui si riferiscono; purnondimeno questi due istituti sono stati confusi dalla legge in alcuni articoli, in cui si parla di collazione, mentre si voleva parlare di riduzione (art. 811, 1002, 1022).

La collazione differisce dall'imputazione. La distinzione tra collazione e imputazione è più difficile a rilevarsi, perchè

uno dei modi, come vedremo, in cui si fa collazione è l'imputazione. Infatti la collazione si può fare sia conferendo in natura la cosa donata, sia imputando il valore cioè sottraendo da ciò che spetterebbe per diritto ereditario il valore dei beni donati. Dato che la collazione può esercitarsi mediante imputazione riesce, dicevo, difficile distinguere l'istituto della collazione da quello dell'imputazione; pure questa distinzione deve farsi perchè l'imputazione si può considerare come una operazione aritmetica che può avere diversi scopi giuridici come infatti l'ha, mentre la collazione ha uno scopo determinato. Bisogna perciò tener conto dei vari casi d'imputazione. Più importante è l'*imputatio ex se*, cioè l'imputazione che ha lo scopo proprio e speciale di cui parla la legge nell'art. 1026; essa consiste in ciò: che il legittimario il quale sia donatario o legatario, e pretende la riduzione delle donazioni o dei legati fatti ad altri, coeredi od estranei, deve imputare nella sua quota legittima le donazioni ed i legati che abbia ricevuto dal defunto; perchè la legge ha ritenuto essere conforme ad equità che prima di rivolgersi contro gli altri e togliere loro il beneficio largito dal defunto si debba tener conto di ciò che si è ricevuto dal defunto a titolo di donazione o di legato. Ci siamo occupati di quest'istituto, quando abbiamo parlato della riduzione delle donazioni, perchè l'imputazione di cui parla l'art. 1026 è un'operazione preliminare per poter compiere la riduzione. Prima che si faccia la riduzione, bisogna sempre ed in gene-

re imputare le donazione o nella quota disponibile o nella legittima; solo, mentre per regola generale tutte le donazioni vanno imputate nella disponibile, per eccezione vi sono alcune che debbono andare imputate nella quota legittima o riserva, e tali sono principalmente quelle che vengono fatte agli stessi legittimari. Ciò posto, l'istituto dell'imputazione differisce dalla collazione anzitutto per lo scopo, perchè la collazione ha lo scopo di mantenere per quanto è possibile l'eguaglianza tra i discendenti coeredi, ed invece l'imputazione ha lo scopo di fare rispettare per quanto è possibile le liberalità fatte dal defunto e restringere la riduzione nei limiti dello stretto necessario. Vi è poi diversità di oggetto, perchè mentre la collazione riguarda solo le donazioni l'imputazione riguarda tanto le donazioni che i legati che gli eredi legittimari avessero ricevuto dal de cujus. Finalmente differisce per le persone tenute all'obbligo di conferire o imputare, e le persone che han diritto a pretendere l'adempimento di tali obblighi. L'obbligo dell'imputazione grava su qualsiasi legittimario, anche non discendente; quello della collazione riguarda il solo discendente. La collazione è posta in vantaggio dei discendenti coeredi, invece l'imputazione è posta in vantaggio non solo di qualsiasi coerede, ma anche degli estranei, dei semplici donatari o legatari. Si vede quindi chiaramente come e per lo scopo e per l'oggetto e per le persone l'imputazione non possa confondersi per nulla colla collazione; pure la legge ne tratta sotto la stessa rubrica, anzi considera l'imputazione come eccezione ai principî della collazione, (art. 1008, 1014, 1026) il che

non è esatto, perchè imputazione e collazione sono due istituti distinti. Si comprenderebbe l'eccezione ove le cose sottoposte ad imputazione fossero quelle stesse sottoposte a collazione, se le stesse fossero le persone interessate a pretenderla, od obbligate a compierla, ma essendo tutti questi elementi diversi fa male la legge a trattare insieme dell'imputazione e della collazione, ed a considerare la imputazione come eccezione alla collazione. Vi sono altri casi in cui si presenta ancora l'imputazione con apparenze simili alla collazione, e sono i casi indicati nell'art. 746, cod. civ. riguardante i figli naturali e nell'art. 756 riguardante il coniuge superstite. I figli naturali che concorrono con i figli legittimi, cogli ascendenti, debbono imputare nella loro quota ereditaria tutto ciò che essi avessero ricevuto dal defunto a qualsiasi titolo, non solo a titolo di legato, ma anche a titolo di donazione. Ora a prima vista parrebbe che questa imputazione a cui sono tenuti i figli naturali sia la stessa cosa della collazione, perchè anche qui abbiamo l'obbligo di mettere nella massa ereditaria comune ciò che si è avuto dal defunto. Però nonostante la somiglianza, la imputazione di cui parla quest'articolo è diversa dalla collazione. Perchè? Perchè la collazione presuppone lo scopo dell'eguaglianza di trattamento tra i discendenti, invece qui lo scopo dell'imputazione a cui sono tenuti i figli naturali, non è quello di produrre l'eguaglianza di trattamento, ma quello di mantenere la disuguaglianza voluta dalla legge tra i figli naturali e i legittimi o gli ascendenti, costringendo negli stretti limiti

della legge la capacità di ricevere dei figli naturali, quando concorrono con i figli legittimi o con ascendenti. Ora questa capacità ristretta verrebbe ad essere ampliata dalla volontà del defunto, qualora i figli naturali non avessero l'obbligo d'imputare nella quota ereditaria tutto ciò che hanno ricevuto dal defunto stesso. Inoltre vi sono altre differenze, cioè l'obbligo della collazione spetta solo in favore di altri coeredi egualmente discendenti dal defunto, invece l'obbligo della imputazione spetta anche se i figli naturali concorrono con ascendenti del defunto. Inoltre mentre oggetto della collazione sono soltanto le donazioni, invece oggetto dell'imputazione a cui sono tenuti i figli naturali, sono le donazioni ed i legati. Dunque sono due istituti ben diversi - Ancora, c'è l'imputazione a cui è tenuto il coniuge superstite. Anche qui abbiamo un istituto che apparentemente potrebbe considerarsi come collazione, ma in sostanza è del tutto diverso. Lo art°. 756 dice che il coniuge superstite deve imputare alla sua porzione ereditaria ciò che ha ricevuto dal defunto in forza delle convenzioni matrimoniali e dei lucri dotali, e ciò, notate, in concorso con qualsiasi erede legittimo. Ora si può dire che in questo caso si tratta di collazione? Qui non c'è lo scopo di mantenere l'eguaglianza, anzi lo scopo è di mantenere la disuguaglianza tra gli altri eredi e il coniuge superstite, di mettere il coniuge superstite in condizione inferiore agli altri eredi: mentre costoro non debbono conferire le loro donazioni per vantaggiare il coniuge superstite, costui deve mettere nella massa

reditaria tutto ciò che ha ricevuto, in vantaggio degli altri eredi. Mentre, inoltre la collazione è dovuta dal discendente in pro dei discendenti, qui è dovuta dal coniuge in favore di qualsiasi erede. Dunque abbiamo un'imputazione che ha scopo analogo a quella dovuta ai figli naturali. Perchè? Qual'è la giustificazione di tale regola? Non è facile trovarla. Si capisce l'imputazione dovuta dai figli naturali, che serve a mantenere la capacità di costoro negli stretti limiti posti dalla legge; ma il coniuge superstite, tranne il caso del coniuge di un binubo rispetto ai figli del primo letto può ricevere illimitatamente, dippiù mentre pei figli naturali è vietata ogni dispensa dall'imputazione, la dispensa rispetto al coniuge è permessa, secondo l'art° 756 posto in raffronto con l'art° 746.

Sembra quindi doversi ritenere che pel coniuge superstite, l'imputazione serve solo a delimitare la sua quota ab intestato o quella di riserva, non già a restringere la sua capacità di ricevere per testamento. Perciò è un'imputazione che mentre a prima vista assume la sembianza della collazione pure è un istituto diverso.

Ciò premesso, passiamo ad esaminare le regole di legge intorno all'istituto della collazione. Queste regole si possono riassumere sotto quattro argomenti. 1°) Chi deve conferire; 2°) a chi si deve conferire; 3°) che cosa si deve conferire; 4°) come si deve conferire.

Chi deve conferire? Questo risulta dalla legge stes-

sa negli art.i 1001 e 1003. Anzitutto bisogna essere discendente del defunto, cioè figlio od altro discendente, mentre pel codice francese basta essere erede, cioè erede legittimo (discendente, ascendente, o collaterale, secondo i varî casi di successione intestata). Sotto la parola discendenti bisogna anche comprendere i discendenti naturali o solo i discendenti legittimi? Si debbono comprendere solo i discendenti legittimi. Perchè questa interpetrazione restrittiva? Per la seguente considerazione: se concorrono insieme figli naturali e legittimi, può aver luogo la collazione? No, perchè la collazione ha per iscopo di mantenere l'eguaglianza di trattamento per quanto è possibile; invece quando i figli naturali concorrono con i legittimi essi hanno l'obbligo indicato nell'art.o 746 dell'imputazione di tutto ciò che hanno ricevuto dai genitori, la quale, come abbiamo visto, non è collazione, perchè ha lo scopo di mantenere non l'eguaglianza, ma la disuguaglianza; e inoltre quest'obbligo l'hanno non solo in confronto dei figli legittimi, ma anche degli ascendenti. Supponiamo ora che tutti i figli che succedano al defunto siano naturali. In questo caso parrebbe che trattandosi di figli naturali i quali non concorrono coi figli legittimi, e perciò non hanno l'obbligo dell'imputazione, avessero invece l'obbligo della collazione, in quanto anche i figli naturali sembra dovessero essere trattati egualmente. Eppure non è così: perchè l'obbligo della collazione presuppone

un rapporto di parentela tra i varî coeredi, i quali debbono essere tra di loro nel rapporto di fratelli e sorelle, e solo quando esiste questo rapporto di parentela tra i varî coeredi, solo allora è concepibile la collazione, e quindi si può conseguire lo scopo di mantenere l'eguaglianza di trattamento. Invece i varî figli naturali sono forse considerati dalla legge come fratelli e sorelle? No, tra i varî figli naturali, dallo stesso genitore egualmente riconosciuti, non corre alcun vincolo di parentela, essi sono considerati isolatamente rispetto al genitore che l'ha riconosciuti, quindi l'istituto della collazione mancherebbe oltre che della sua base e del suo scopo, di una condizione voluta dalla legge, cioè la speciale relazione di parentela fra i varî eredi. Non essendovi questa relazione, l'obbligo della collazione viene a mancare. Per la stessa ragione dev'escludersi l'obbligo della collazione dei figli legittimi in confronto dei figli naturali, non essendovi tra questi e i legittimi alcun vincolo di parentela. Non basta essere discendente, è necessario essere erede, perchè benissimo si può essere discendente di una persona e si può non accettarne l'eredità. Quando un discendente che pure per legge è erede, rinunzia alla successione, non è possibile la collazione. Vi furono in Francia alcuni statuti detti di perfetta eguaglianza, che ispirandosi al principio rigoroso della comproprietà familiare obbligarono alla collazione il rinunziante. Invece lo stesso codice francese e il nostro

hanno attenuato di molto l'efficacia di quel principio fino a renderlo impercettibile, hanno ammesso che ove il discendente rinunzî alla successione dell'ascendente non ha l'obbligo della collazione. Quindi la conseguenza è che se un discendente ha avuto donazioni dal defunto e rinunzia alla successione egli non perde le donazioni e può ritenerle tutte, nei limiti, s'intende, della sola disponibile (art° 1003). Quindi l'accorgimento pratico consiste in questo; se un discendente donatario, accettando la eredità può sperare di avere qualche cosa di più di quello che ha avuto per donazione, allora accetterà l'eredità, perchè la collazione non gli nuocerà. Ma se egli, facendo i suoi calcoli, si avvede che accettando l'eredità e quindi dovendo fare la collazione, verrebbe a fare una perdita, allora gli tornerà più conveniente rinunziare, perchè così colla rinunzia, egli non ha l'obbligo della collazione. E ciò, notate, vale anche nel caso che il donante espressamente abbia donato coll'obbligo della collazione, o abbia detto di donare a titolo di anticipata successione: anzi che data questa volontà espressa del donante, il donatario può liberarsi dall'obbligo della collazione, rinunziando all'eredità; perchè mancano i requisiti fondamentali voluti dalla legge per la collazione a nulla può valere la volontà espressa del donante, che eseguita importerebbe una revoca della donazione, non permessa dalla legge, giusta il principio generale che la donazione è irrevocabile (donare e riteneᐟ

re non vale) [artº 1003] Il discendente che rinunzia al-
l'eredità può ritenere la donazione; ma fino a che pun-
to? Fino alla quota disponibile. In questo caso il coe-
rede rinunziante è equiparato all'estraneo, inquanto-
ché un estraneo non può avere in donazione un valo-
re che ecceda la quota disponibile. Quindi se, rinun-
ziando non è sottoposto alla collazione, sarà sottopo-
sto alla riduzione se e in quanto la donazione abbia
ecceduto la parte disponibile: e inoltre non può rite-
ner nulla a titolo di legittima, perché questa essen-
do quota di eredità presuppone la qualità d'erede.
Ciò del resto era superfluo dire, perché il rinunziante
viene ad essere equiparato a tutti gli altri estranei
e quindi al pari di essi non può ritenere oltre la di-
sponibile: ma la legge nel citato articolo ha voluto ricor-
darlo, per togliere ogni dubbiezza. (1)
Oltre ad essere discendente, ed erede, perché vi sia l'ob-
bligo della collazione occorre avere avuto personalmen-
te una donazione. Perché si dice questo? Perché nel

(1) Ciò porta delle gravi conseguenze pratiche che spesso si rivelano contra-
rie alla volontà del padre di famiglia che ha fatto degli assegni in anti-
cipazione di eredità.
Suppongasi che un padre abbia assegnato alla figlia una dote di £ 20 mi-
la, calcolando che tale somma corrisponde alla legittima, avendo due figli
maschi e un patrimonio, poniamo, del valore di £ 120 mila. Egli poste-
riormente dispone con atto tra vivi o per legato a favore di un figlio ma-
schio o anche di un estraneo per £ 60 mila, nei limiti cioè della disponibi-
le, tale donazione o legato sarebbe inattaccabile se la figlia dotata accet-
tasse l'eredità. Invece essa preferisce rinunziare e ritenere la dote
a titolo di disponibile. Allora avverrà che i due maschi, rimasti soli le-
gittimari, non si terranno più soddisfatti della legittima con la somma
di £ 20 mila, che rappresenta la terza parte, ma giustamente pretenderan-
no 30 mila per ciascuno. Diminuito il numero dei concorrenti alla legit-
tima è naturale che aumenti la quota di ciascuno. Or trovandosi nella

diritto consuetudinario francese, l'erede doveva conferire non solo le donazioni fatte personalmente a lui, ma anche quelle fatte ai propri genitori, ai figli o al coniuge e ciò perchè il diritto consuetudinario francese partendo dal principio del rispetto rigoroso della comproprietà domestica, proibiva al defunto di concedere qualsiasi dispensa alla collazione, e quindi ancora per ovviare alla possibile ipotesi che il donante per frodare la legge proibitiva della dispensa dalla collazione, invece di donare a chi sarebbe stato il successibile, avesse donato in apparenza al genitore, al figlio od al coniuge di questo facendo così una donazione per interposta persona, stabilì che si dovesse conferire non solo le donazioni fatte personalmente all'erede, ma anche quelle fatte ai suoi discendenti, agli ascendenti, al coniuge. Il codice francese perciò credette bene, avendo accolto il principio della possibilità della dispensa dalla collazione, di distruggere quella presunzione di frode posta dalle consuetudini, disponendo che la donazione fatta

massa solo £40 mila è ovvio che per soddisfare la legittima dovrà necessariamente farsi la riduzione della liberalità fatta dal de cujus di £60 mila. È questo un risultato iniquo e inatteso a cui dà luogo la legge. E può prestarsi a frodi e collusioni, potendo il donatario essere indotto a rinunziare all'eredità per un premio segretamente ricevuto dai fratelli, a cui interessa annientare la porzione legittima ed attaccare le liberalità fatte ad altri.

Per evitare tale inconveniente il padre di famiglia dovrebbe avere l'avvedutezza di sottoporre la donazioni alla clausola espressa ch'essa si intende risoluta, qualora il donatario non accetti l'eredità. Ma è ben difficile che nella pratica si ricorra a simile espediente. Più opportunamente dispone il Codice Civile Germanico che qualora chi è tenuto a conferire non intenda restituire il dippiù ricevuto in confronto di ciò che gli spetta, in tal caso non si tien conto della donazione per la formazione della massa, nè del donatario per determinare il numero dei successibili.

al figlio, al padre, al coniuge del successibile non dove essere conferita: ma per tale scopo si servì di una locuzione poco felice, dichiarando che tali donazioni "si presumono fatte con dispensa di collazione„ mentre intendeva dire soltanto "non si presumono fatte, come nel diritto anteriore in frode del divieto di dispensare dalla collazione„ giacchè questo divieto era stato tolto. Il nostro codice negli art.i 1004 e 1006 ha accolto lo stesso concetto; ma evidentemente non v'era bisogno di simile disposizione, giacchè non v'era necessità, come pel codice francese di abolire una contraria legislazione precedente; e d'altra parte s'è fatto male a riprodurre perfino la formula errata del codice francese, cioè che le donazioni fatte al discendente o al coniuge dell'erede si presumono fatte con dispensa di collazione. Dicendo la legge, si presume che queste donazioni siano fatte con dispensa di collazione, potrebbe nascere la quistione: è una praesumptio juris et de jure, o è una praesumptio juris tantum? cioè si può ammettere la prova che il donante volle che l'erede conferisse la donazione fatta al genitore, al figlio, o al, coniuge di lui? Invece lo scopo della legge era questo che soltanto le donazioni fatte personalmente all'erede, al successibile sono soggette a collazione, tutte le altre non sono soggette, perchè ne manca la ragione. Ma se si prova che quella donazione fu fatta per interposta persona cioè che sebbene apparentemente fatta a favore dell'ascendente, del discen-

dente, del coniuge dell'erede, pure era diretta ad av-
vantaggiare l'erede stesso: basta questa prova dell'inter-
posizione di persona per far ritenere che la donazione
sia soggetta a collazione? No, perchè l'interposizio-
ne di persona nuoce quando si tratta di atti che
non si possono compiere in via diretta, ed essa costi-
tuisce un modo indiretto per raggiungere lo scopo che
la legge non permette di raggiungere in via diretta.
Ma dal momento che la legge nostra permette di
avvantaggiare il discendente dell'erede in via diretta,
dispensandolo dall'obbligo della collazione: la via in-
diretta da lui tenuta non può nuocere: come è le-
cita la dispensa della collazione fatta apertamente, co-
sì sarà lecita la dispensa dalla collazione fatta col
modo indiretto di favorire apparentemente una persona
che non sarebbe tenuta alla collazione, mentre in real-
tà si vuol beneficare un'altra che per legge vi sareb-
be tenuta. Perciò la semplice prova del fatto dell'inter-
posizione per se stessa non fa sì che la dona-
zione sia soggetta a collazione, ma si deve prova-
re che l'interposizione di persona fu adoperata per
raggiungere scopo diverso da quello di dispensare dal-
la collazione. Quegli articoli perciò oltre ad essere inu-
tili riguantochè bastava dire che le donazioni confe-
rite sono quelle fatte personalmente, possono dar
luogo alla quistione accennata, e perciò riescono
anche pericolosi. In un solo caso è dovuta la colla-
zione di donazione fatta ad altri: e quest'è il ca-

so di successione per rappresentazione. Il discendente che succede all'ascendente per diritto di rappresentazione, e non per ragione propria, deve conferire ciò che fu donato al suo ascendente immediato ch'egli rappresenta, ancorchè abbia rinunziato all'eredità di costui. Ma una tale eccezione si spiega facilmente quando si pensi che la rappresentazione, come dice l'art° 723, ha per effetto di far entrare i rappresentanti nel luogo, nel grado e nei diritti del rappresentato.

Se questi adunque aveva l'obbligo della collazione, non ne potrà andare esente il rappresentante: altrimenti la premorienza o l'indegnità del rappresentato verrebbe a nuocere ai suoi fratelli e sorelle che hanno acquistato il diritto a vedere conferiti i beni che il genitore ha a lui donato come anticipazione sull'eredità. Il rappresentante succedendo in locum praedefuncti, dee subentrare in tutto e per tutto nella di lui posizione sia per quanto concerne i diritti sia per gli obblighi.

L'art° 1005 capov. soggiunge che il rappresentante deve conferire anche nel caso in cui avesse rinunziato all'eredità del rappresentato. Ora a prima vista può parere iniquo che mentre egli con la rinunzia all'eredità del donatario nulla abbia potuto conseguire, neppure indirettamente, della donazione, tuttavia sia tenuto a conferire il valore. Ma la difficoltà sparisce, se si pensi al diritto quesito dei fra-

telli e delle sorelle del donatario. Bisogna poi considerare che la stessa conseguenza pratica si avrebbe, se il rappresentante accettasse l'eredità del donatario, e la trovasse completamente passiva: anche in tal caso nessun vantaggio egli ritrarrebbe dalla donazione, che pure è tenuto a conferire.

Siccome poi la rappresentazione nella linea retta ha luogo all'infinito, così bisogna ammettere che l'ultimo della scala, il quale succede per rappresentazione, deve conferire anche le liberalità che hanno ricevuto gli ascendenti intermedii. Ed in ogni caso il rappresentante dee conferire ciò che a lui fu personalmente donato.

Invece il discendente che succede per ragione propria non è tenuto a conferire le cose donate al suo ascendente, ancorchè dice l'art° 1005, ne avesse accettato l'eredità.

Ora si succede iure proprio nell'ipotesi dell'art 947, quando il rinunziante è il solo erede nel suo grado o se tutti i coeredi rinunziano.

Ma, sorge il quesito, com'è possibile il caso che uno succeda per diritto proprio in luogo del padre rinunziante, e nello stesso tempo accetti l'eredità di costui?

Per potere rinunziare all'eredità del de cujus, il padre di chi succede dev'essergli sopravvissuto. Come può quindi parlarsi di accettazione da parte del figlio dell'eredità di suo padre, ch'è vivente? Per dare

una spiegazione plausibile alla legge deve supporsi il caso che la successione del padre si apra posteriormente a quella dell'avo. In altri termini diventando il figlio erede del padre posteriormente all'apertura della successione del nonno, poteva dubitarsi che com'erede, egli assumma tra gli altri obblighi, anche quello che costui aveva della collazione. La legge ha voluto togliere ogni dubbio, sebbene infondato, giacchè l'equilibrio da ristabilire mediante la collazione si riferisce unicamente al momento in cui si apre la successione dell'avo, non ad eventi posteriori. Una volta fissati i diritti rispettivi dei coeredi in relazione a quel momento, le posteriori evenienze nulla possono influire. Occupiamoci ora del caso in cui pur avendosi la qualità di discendente, di erede e di donatario, non si abbia l'obbligo della collazione. Quando avviene ciò? Quando ci sia la dispensa dalla collazione. La dispensa della collazione è permessa dalla legge e può trovarsi non solo nell'atto stesso della donazione, ma anche in un atto posteriore, può trovarsi anche nel testamento. Benissimo può darsi il caso che il donante abbia fatto una donazione senza dire nulla, oppure abbia anche detto "coll'obbligo della collazione" ma poi con atto posteriore o nel testamento abbia esentato da collazione quella tale donazione. In tali casi la donazione non è sottoposta alla collazione perchè il donante è libero di fare della cosa sua ciò che a lui pare e piace nei limiti della disponibile; giacchè la dispensa dalla collazione importa compimento di una liberalità

a titolo di antiparte cioè fatta sulla disponibile, e non già come anticipata legittima. La dispensa dalla collazione può ess. e fatta espressamente o tacitamente. Tra gli autori si questionò come dovesse essere interpetrato l'inciso dell'artº. 1001 C.C. « eccettuato il caso che il donante abbia altrimenti disposto » Che vuol dire altrimenti disposto? L'opinione prevalente è che basta una manifestazione della volontà anche fatta in modo tacito; quello che è proibito è il semplice argomentare da indizi vaghi ed incerti intorno alla volontà del donante; ma qualora la volontà del donante si sia manifestata in qualsiasi modo, dev'essere rispettata. Un modo di manifestazione della volontà del donante relativamente alla dispensa della collazione, può essere, come abbiamo notato, una donazione fatta per interposizione di persona ove questa non abbia avuto scopi diversi, come pure può accadere.

A chi si deve conferire? Si deve conferire in favore degli altri discendenti che siano egualmente eredi, tranne però che il donante o il testatore abbiano imposta la collazione anche in favore di altre persone (artº. 1014). Dunque se vi è un discendente, che sia erede e donatario senza dispensa dalla collazione, ma che succede solo o con altri eredi che non siano discendenti, come può accadere se la successione sia testata, non c'è obbligo della collazione, perchè la collazione è un diritto ed una obbligazione reciproca e presuppone l'eguaglianza di posizione giuridica tra i varî obbligati ed aventi diritto. È necessario dunque per pretendere la collazione essere discendenti ed eredi.

mo erede che non sia discendente, o un discendente che non sia erede non può pretendere la collazione. Oltre costoro nessuno può pretendere la collazione e nemmeno approfittarsene: non possono profittarne i creditori del defunto ed i legatarî e ciò in base allo stesso principio per cui non possono nè domandare, nè approfittarsi della riduzione delle donazioni (art°. 1014). La collazione e la riduzione sono due istituti che hanno uno scopo determinato e circoscritto che non è già quello di aumentare la massa ereditaria per tutti i possibili rapporti, ma di aumentarla solo per determinati effetti: cioè la riduzione intende ad accrescere la massa ereditaria perchè non sia lesa la legittima; la collazione per il solo ed esclusivo effetto di porre una certa uguaglianza tra i varî discendenti coeredi. I legatarî, i creditori del defunto, ancorchè in fatto potessero avere interesse ad approfittare della collazione, non possono, perchè altrimenti la collazione esorbiterebbe dal suo scopo. Però se i legatarî in nessun caso possono approfittare della collazione, i creditori del defunto possono talvolta approfittarne, quando cioè avvenuta la collazione, il patrimonio dell'altro erede a cui non fu fatta la donazione e che abbia accettato puramente e semplicemente viene ad essere aumentato. Mettiamo che Tizio lasci un patrimonio di 50.000 lire e due figli, uno dei quali ha già avuto in vita per donazione 10.000 lire. Mettendo costui in collazione le 10.000 lire ricevute, il patrimonio ereditario viene ad essere aumentato e da 50 diventa 60 mila, in modo tale che i due figli, avranno cia-

scuno 25 mila lire, più 5 mila lire in forza della collazione, ossia avrà ognuno 30 mila lire. In tal caso i creditori personali dell'erede, in cui vantaggio si è conferito, vengono a giovarsi della collazione che accresce di 5 mila lire il patrimonio del debitore, perchè questo, come ognuno sa, è la comune garanzia dei creditori. Su ciò non vi può essere dubbio: ma non v'è dubbio nemmeno che, come i creditori personali dell'erede, così traggono indirettamente profitto dalla collazione, i creditori del defunto, se l'eredita fu accettata puramente e semplicemente: perchè con tale accettazione i creditori del defunto sono anche creditori personali dell'erede, e come questi si gioveranno della collazione. La conseguenza è che ove vi sia accettazione pura e semplice per la cui efficacia i creditori del defunto diventano creditori personali dell'erede, costoro servendosi del diritto concesso nell'art°. 1234 C.C. cioè agendo in rappresentanza del loro debitore, possono anche domandare la collazione. Ecco come si deve interpetrare il disposto della legge, cioè in senso ristrettivo: i creditori del defunto non possono approfittare della collazione, quando l'accettazione dell'eredità sia avvenuta col beneficio dell'inventario; ma se l'accettazione è pura e semplice, siccome di regola i creditori personali si approfittano di tutti i vantaggi patrimoniali che gli eredi vengono a fare in qualsiasi modo o per forza di riduzione o per forza di collazione, così anche i creditori ereditarî risentiranno un vantaggio. A questo punto la legge (art°. 1014 capov.) ha voluto stabilire una norma che non ha

alcun nesso col principio che solo i coeredi discendenti possono pretendere la collazione. L'art.° 1014 dopo aver ciò enunciato aggiunge come se ciò fosse una conseguenza nel capoverso: «il donatario perciò o il legatario della porzione disponibile che sia insieme erede legittimario, può pretendere la collazione al solo effetto di stabilire la quota della sua legittima e non mai per integrare la porzione disponibile» Questo capoverso non si capisce se si voglia spiegare in relazione col principio posto nel 1.° comma dell'art.° stesso. Perciò esso ha dato luogo a molte discussioni. Per renderne facile l'intelligenza occorre anzi tutto rilevare varie inesattezze di forma in cui il Codice è caduto.

Cominciamo dal notare che se nel diritto francese potevasi parlare di *donatario del disponibile*, essendo ivi permesse le istituzioni contrattuali in occasione di matrimonio, ciò non è mai possibile nel diritto vigente.

Dippiù pel Codice francese si poteva parlare di legatario di una quota di patrimonio, mentre pel nostro Codice chi è istituito in tutta o in parte della disponibile è sempre erede e non legatario. Ma queste inesattezze di linguaggio sarebbero innocue.

Invece ve n'è delle altre.

L'articolo contiene una limitazione apparente con la frase «che sia insieme erede legittimario» mentre trattasi di un principio generale, che vale anche per gli eredi del tutto estranei.

Una terza inesattezza ed è più grave di tutte sta nella parola "collazione" che è adoperata impropriamente e

dee intendersi non già nel significato di reale conferimento, ma nel senso di riunione fittizia, ai fini della formazione della massa, a termini dell'art.° 822 Cod. Civ. E in ciò sta la chiave dell'enigma.

In sostanza l'articolo vuol dire questo.

Per stabilire quale sia la quota di legittima e correlativamente quale sia la quota disponibile (sia stata lasciata ad un estraneo o ad un riservatario poco monta) bisogna fare la collazione fittizia di tutte le liberalità.

Ma l'erede istituito nella disponibile non ha diritto a pretenderla per intiero o riducendo le liberalità fatte ad altri per integrarla, bensì deve contentarsi di prendersela nei limiti di ciò che si trova nel patrimonio lasciato dal defunto. Solo chi è legittimatario può fare ridurre le donazioni che ledono la riserva e sino alla misura di questa: ma quando all'erede della disponibile deve limitarsi a prenderla mutilata, e non può attaccare le donazioni fatte ad altri.

E' questa la spiegazione che del resto comunemente gli scrittori danno dell'art.° 1314, ed è conforme anche ai precedenti storici. Di vero nel Cod. francese era detto nell'art.° 857 che la collazione non era dovuta a favore dei legatari, onde nacque il dubbio come dovesse misurarsi la disponibile in un caso come il seguente.

Per es. un padre ha donato in conto di legittima all'unico figlio 25 mila lire, ha donato ad un estraneo 10 mila e poi istituisce erede nel disponibile Tizio, quando dopo la sua morte i beni rimasti ammontano ap-

pena a 15 mila lire.
Se la disponibile si dovesse misurare sul *quid relictum* soltanto, Tizio istituito in essa non avrebbe diritto che a metà dell'asse cioè 7500. E così nei primi tempi ritenne la giurisprudenza francese. Ma nel 1826 la Cassazione di Parigi mutò avviso e stabilì la massima che bisogna fittiziamente cumulare anche il *quid donatum*: quindi nella specie ricordata sommandosi 25 più 10 più 15 si ha la ricostituzione dell'intero patrimonio in lire 50 mila, di cui la metà ossia 25 rappresenta il disponibile. Ma trovandosi nei beni lasciati dopo la morte solo il valore di 15 mila, può il legatario della disponibile per integrare questa chiedere la riduzione della donazione di 10 mila? No: egli si deve contentare di prendere 15 mila, ch'è tutto ciò che si trova nel patrimonio lasciato.

Questa massima si volle sancire nel Codice parmense col capov. dell'art. 996 ch'era così concepito: « Il donatario perciò e il legatario della porzione disponibile che sia insieme erede legittimario non può pretendere la collazione se non all'effetto di stabilire la quota della sua legittima, non mai a quella di aumentare la porzione disponibile.

Ma la parola aumentare„ si prestava ancora a dubbi e a discussioni, quasi vi fosse una disponibile minore, che si volesse dipoi accrescere. Perciò il nostro Codice ha preferito adoperare la parola « integrare„ la quale chiaramente dinota che altro è

la misura astratta della quota disponibile che si ottiene in seguito alla riunione fittizia di tutti i beni compresi quelli donati in vita dal *de cujus*, altro è ciò che il disponibilitario ha diritto a conseguire.

In ogni modo il capoverso dell'art.° 1014 è fuori di posto e ciò è stato causa di dubbii e di controversi. Esso andava a ricollegato all'articolo 822 che stabilisce il modo della formazione della massa e l'obbligo della riunione fittizia, ma non ha punto che vedere con la collazione vera e propria, di cui si occupa la prima parte dell'art.° 1014.

Lezione XXXª

Sommario

Oggetto della collazione - Donazioni dirette - Esempi: dote - corredo nuziale - patrimonio sacro - assegno per qualunque ufficio o collocamento - Donazioni indirette: vari casi: contratti onerosi, specie il contratto di società - Donazioni mascherate - Si determina l'oggetto della collazione: e ciò che costituì oggetto della donazione - non già i vantaggi da essa occasionati - non i frutti e interessi provenienti da cosa donata - sì quelli che furono unico oggetto della donazione - Collazione dell'usufrutto - Collazione dei premi di assicurazione - Collazione nel caso di dote pagata senza garenzia.

Che cosa si deve conferire? Si debbono mettere in collazione per il codice nostro solo le cose ricevute per donazione, non quelle ricevute per legato, salvo la volontà contraria del testatore. Anche in ciò, come già notammo, v'è differenza tra il codice francese ed il nostro; mentre per il primo anche i legati sono sottoposti a collazione; pel nostro no; e questo pel principio di libertà individuale accentuatosi maggiormente nella nostra legge, a scapito di quello della comproprietà domestica. Di vero, ove una persona faccia un legato, questo dimostra così chiaramente

la volontà di attribuire un vantaggio che non deve essere posto in collazione, da non potersi disconoscere, senza negare nel tempo stesso la facoltà nell'individuo di disporre liberamente delle cose sue. Si capisce che la donazione si debba mettere in collazione in mancanza di volontà contraria, ma se si dovesse mettere in collazione anche il legato, che vantaggio avrebbe il legatario? Lo effetto sarebbe come se il legato non fosse stato fatto, perchè in nessun istante il legatario riceverebbe vantaggio dal legato; mentre le donazioni, anche sottoposte a collazione, conferiscono al donatario un lucro per tutto il tempo che passa dall'atto di donazione sino all'apertura dell'eredità. La legge dice: «tutto ciò che è stato donato direttamente o indirettamente» quindi tutte le donazioni, qualunque forma assumano e qualunque natura abbiano debbono essere sottoposte a collazione.

Parliamo anzitutto delle donazioni dirette. Per donazione diretta s'intende l'atto che ha l'unico ed esclusivo scopo della liberalità, un atto di vera e propria donazione. Quando si ha un atto di vera e propria donazione, non c'è dubbio che la cosa donata debb'essere conferita. A tale riguardo non si tien conto nè della forma, nè dell'oggetto, nè della data, nè della speciale natura della donazione. Non si tien conto della forma. La donazione, lo sappiamo, dev'essere fatta con atto pubblico ed in forma solenne; ma se per caso una donazione sia fatta con atto privato, è conferibile o no la cosa donata? Senza dubbio dev'essere conferita; se in-

porta dire che la donazione è nulla per la forma, inquantochè gli eredi potranno, se loro torna conto intentare l'azione di nullità; ma se ciò non vogliono potranno ritenere valida la donazione e pretendere la collazione. Così per esempio, se il donatario rinunzia alla successione e quindi non deve conferire niente agli altri coeredi gioverà far dichiarare la donazione nulla per la forma, ove non sia stata da loro ratificata: ma ove il donatario accetti, potrà essere più utile domandare semplicemente la collazione, come se la donazione fosse valida. Perciò sono sottoposte a collazione anche le donazioni manuali, le quali sono valide nei limiti ammessi dalla giurisprudenza. Non si guarda nemmeno all'oggetto, o se la donazione abbia avuto per oggetto un bene immobile o mobile, o abbia avuto per oggetto la proprietà stessa delle cose o un diritto reale su di esse, come una servitù, vi sarà sempre collazione. Così ancora se oggetto della donazione sia un credito, il credito donato sarà conferito. Non si tien conto della data della donazione. Per la riduzione si deve tener conto della data, perchè bisogna procedere alla riduzione dell'ultima donazione risalendo gradatamente alla prima, in quanto solo l'ultime donazioni han potuto intaccare la legittima. Ma siccome lo scopo della collazione è diverso da quello della riduzione, non importa il tempo in cui la donazione da conferirsi sia avvenuta; che essa sia l'ultima o la prima ed ancorchè sia avvenuta 30, 40, 50 anni prima dell'apertura della successione,

ciò non importa; l'azione per la collazione sorge solo coll'apertura della successione, quindi il periodo trentennale decorso prima non può accamparsi per far valere la prescrizione. Non si guarda neanche alla natura speciale che abbia la donazione: non tutte le donazioni hanno per scopo una semplice e pura elargizione, costituiscono delle semplici generosità, ma vi sono donazioni che sono ispirate dal motivo di rimunerare dei servizî, di compensare certi favori ricevuti dal donante. Pure anche le donazioni rimuneratorie, siccome il codice le considera vere donazioni, saranno sottoposte a collazione. Inoltre non sempre le donazioni costituiscono un puro vantaggio; ma spesso costituiscono un vantaggio misto a pesi. Dono 100.000 lire a mio figlio, purchè elargisca un tanto in elemosine. In questo caso c'è un vantaggio limitato dall'onere. Ma anche la donatio cum onere è una donazione e quindi dev'essere conferita. Però nelle donazioni remunerative ed in quelle miste ad onere che non rappresentano un puro vantaggio, ma un vantaggio limitato, bisogna conferire solo il di più, solo quello che costituisce il vero vantaggio. Supponiamo che i servizî erano tali che meritavano un compenso, dalla donazione bisognerà diffalcare il compenso di questi servizî. Così nella donatio cum onere dev'essere conferito solo il di più guadagnato dal donatario, dopo avere adempiuto il peso. Bisogna insomma conferire tutto e solo ciò che il donatario ha lucrato; nè più, nè meno. La legge poi non si è accontentata del principio generale

che tutte le donazioni debbano essere conferite, ma ha voluto fare degli esempî che a prima vista parrebbero inutili, ma che si spiegano per ragioni storiche. L'art° 1007 dice che è oggetto a collazione ciò che il defunto ha speso per la dote ed il corredo nuziale delle discendenti, per costituire al discendente il patrimonio ecclesiastico, per procurargli qualunque ufficio o collocamento, o pagarne i debiti. Ora lasciando da parte il pagamento dei debiti che non costituisce donazione diretta, fermiamo la nostra attenzione agli altri casi.

La dote. A prima vista la menzione espressa della dote non si comprende, anche per la considerazione che dalla storia della collazione risulta la dote essere stata prima di ogni altra liberalità sottoposta a collazione. L'istituto della collazione qual'è disciplinato dal Diritto Giustinianeo si riattacca all'antica collatio dotis. Se poi abbiamo riguardo allo stesso Diritto Giustinianeo, troviamo che non tutte le donazioni furono sottoposte a collazione, ma soltanto quelle che fanno presumere la volontà del donante di anticipare sulla successione: e tale è la dote principalmente e ogni assegno pel collocamento dei figli. Perchè dunque la legge ha voluto parlare espressamente di queste donazioni, quando oltre ad essere comprese nel principio generale, per antica tradizione sono state le tradizioni tipiche sottoposte a collazione? Anzitutto bisogna notare che il codice nostro è stato più minuzioso del codice Napoleonico, perchè mentre in questo non si parla di dote e di corredo nuziale, ma soltanto di assegno per collocamento,

invece nel nostro codice se ne parla. Nel codice Parmense ed Albertino oltre agli assegni per il collocamento dei figli, si considerano anche la dote ed il corredo nuziale. In questi codici si è parlato della dote per le seguenti ragioni. A prima vista poteva parere che la dote non fosse oggetto di collazione perché nelle legislazioni anteriori l'obbligo della dote c'era in certe persone, ed anche oggi non ostante le disposizioni tassative di legge (art° 147), vi sono autori che s'ostinano a credere che se a costituire la dote non v'è obbligazione civile, v'è obbligazione naturale, il che non è esatto; perchè avendo il codice sanzionato il principio che il padre di famiglia non è obbligato in nessun modo a costituire la dote, e che i figli non hanno alcuna azione per la costituzione della dote, così non si può parlare nè di obbligo civile, nè naturale. Ora, siccome poteva nascere il dubbio in base ai codici precedenti che la costituzione di dote fatta dai genitori potesse considerarsi non come liberalità, ma come adempimento d'un obbligo il codice nostro, seguendo i codici Parm. ed Alb., ha detto espressamente che la dote è soggetta a collazione, perchè è una vera e propria liberalità. Non solo, ma com'è noto, la dote è inalienabile: ora la collazione importa una specie di alienazione, perchè dovendo le cose costituite in dote essere conferite nella massa ereditaria, da questa collazione può derivare che la dotata riceva meno di quello che ricevette in dote: ed ecco che, potendo sorgere anche il dubbio se essendo la dote inalienabile, debba ritenersi non conferibile,

il codice Parm. ed Alb. disposero che la dote dev'essere conferita.

Corredo nuziale - Perché il codice ha parlato del corredo nuziale? Anche sotto l'impero del codice Napoleonico si fa questione intorno al corredo nuziale, se sia conferibile o no. Se il corredo nuziale è contemplato nel contratto dotale e si considera parte della dote, allora non c'è dubbio che dev'essere conferito per quello che abbiamo detto sopra. Ma molte volte il corredo nuziale sta da sé: il padre di famiglia non costituisce la dote, ma dona un corredo vistoso: questo non è accessorio della dote, ma sta da sé è conferibile? Per il codice francese si dubita, perchè c'è un articolo in cui si dice che le spese per alimenti dei figli e per gli abbigliamenti non sono sottoposte a collazione, quindi può parere che anche il corredo nuziale possa andare compreso sotto la parola abbigliamenti. In vista di tali dubbi e di tali questioni il nostro codice ha avuto cura di dire che il corredo dev'essere sottoposto a collazione.

Patrimonio ecclesiastico - Per il Diritto Canonico il patrimonio ecclesiastico o sacro (titulus patrimonii) è una dotazione che il chierico deve avere per potere ricevere gli ordini sacri: e che può essere costituita dal chierico stesso con beni proprî o anche da un terzo: onde il patrimonio ecclesiastico può dirsi che abbia una natura analoga alla dote. Dalle leggi della Chiesa esso venne dichiarato inalienabile e insequestrabile; talchè alcuni canonisti, derivando logicamente le conseguenze dalla regola dell'inalienabilità, ritennero che il patrimonio sacro,

appunto perchè inalienabile, non dovess'essere sottoposto nè a riduzione, nè a collazione, perchè tanto la riduzione che la collazione possono portare la conseguenza di una perdita totale o parziale di questo patrimonio. Ma se la maggior parte degli autori seguirono quest'opinione vi furono alcuni che sostennero che, il patrimonio ecclesiastico sebbene inalienabile, pure dovesse essere sottoposto a collazione. I codici Parm. ed Alb. volendo risolvere la questione che si agitava nel Diritto comune stabilirono che il patrimonio sacro è sottoposto a collazione.

Finalmente la legge parla di qualunque assegno per procurare un ufficio o collocamento. Il padre, come non è obbligato a dare la dote alle figlie, non è obbligato a fare assegni ai figli per intraprendere l'esercizio di un'arte, d'una professione, d'una industria (art° 147): tutto ciò che dà a questo titolo costituisce una vera liberalità che è sottoposta a collazione. Solo s'è disputato intorno all'estensione della frase adoperata dalla legge, ossia << qualunque ufficio o collocamento >> in parecchi casi. Quando la surrogazione pel servizio militare era permesso si faceva la questione se dovesse conferirsi ciò che si pagava per il cambio.

Oggi questo non è più possibile e si fa la questione per il pagamento della tassa del volontariato di un anno; le 1200 o 1500 lire che il padre paga perchè il figlio possa fare il volontario di un anno, si debbono o no conferire? Gli autori francesi dubitano. In Italia la giurisprudenza ha ritenuto, che bisogna tener presente le diverse

circostanze di fatto per dare una decisione esatta (1) Se il pagamento è fatto per abbreviare il servizio militare del figlio che era il sostegno della famiglia e quindi dal pagamento della tassa e dalla conseguente abbreviazione del servizio militare tutta la famiglia ha ricevuto un vantaggio economico dovuto all'esercizio dell'arte o dell'industria del figlio stesso, in questo caso il pagamento non deve conferirsi. Se invece si tratta di famiglia ricca, o anche povera a cui l'abbreviazione del servizio militare non porta alcun vantaggio economico, e il padre ha pagato la tassa solo per seguire l'andazzo delle persone benestanti di non far compiere ai figli il servizio militare ordinario, e dare così un vantaggio esclusivo al figlio, il pagamento della tassa di volontariato assume carattere di liberalità e come tale è sottoposta a collazione. Così sono sottoposti a collazione tutti gli assegni che il padre fa ai figli per costituirsi una biblioteca, per pagare la tassa d'iscrizione all'albo dei procuratori, degli avvocati, per entrare nella carriera diplomatica, ecc, in tutti questi casi si tratta di donazioni sottoposte a collazione.

Finora abbiamo parlato delle donazioni dirette, cioè di quegli atti i quali hanno per iscopo esclusivo una liberalità: ma vi sono anche delle donazioni indirette che il codice menziona espressamente nell'art° 1001 - Prima di tutto che s'intende per donazione indiretta? Il concetto di donazione indiretta non si trova molto chiaro presso i giuristi, anzi spessissimo dai magistrati e dagli au-

(1) A tale criterio accennava anche il Grecerulti nella Commissione coordinatrice

tori si confonde la donazione indiretta colla donazione ma-
scherata sotto forma di contratto oneroso. Da ciò sorgano delle
conseguenze erronee che non starò ad esporre: però per l'e-
sattezza dei concetti dirò che cos'è la donazione indiret-
ta e in che differisce dalla mascherata sotto forma di con-
tratto oneroso. La donazione indiretta è un atto giuridi-
co che si compie effettivamente, o anche un semplice fat-
to, e che ha un'indole propria diversa dalla donazione e
scopi pratici che per se stessi non costituiscono liberalità;
onde se produce liberalità la produce solo perchè compiuto in certe circo-
stanze speciali di fatto; mentre la donazione diretta è quell'atto
che per se stesso ha natura giuridica di donazione e non
ha scopo diverso della liberalità. Inoltre l'atto di donazio-
ne, o donazione diretta è sempre un atto giuridico (ossia
una dichiarazione di volontà) e inoltre un atto giuridi-
co bilaterale (ossia un contratto): invece la donazione in-
diretta può essere costituita da un contratto, da un atto
unilaterale, e anche da un semplice fatto volontario che
non sia dichiarazione di volontà. Si dice donazione indi-
retta, perchè la liberalità non deriva dalla natura dell'at-
to astrattamente considerato, ma deriva dalle circostan-
ze che accompagnano l'atto quale in concreto è compiu-
to. Invece che cos'è la donazione mascherata? La donazio-
ne mascherata è una vera e propria donazione diretta,
cioè l'intenzione della persona è di donare, ma que-
sta intenzione viene dissimulata sotto la forma di
un contratto oneroso, come per es. sotto la forma di un
contratto di compra-vendita. Quando si compie la donazio-

ne mascherata, si hanno due atti distinti, un atto vero e un atto fittizio: l'atto vero è la donazione, l'atto fittizio è la compra-vendita, che maschera la donazione, onde per vedere se ci sia donazione o no, bisogna strappare questa maschera. Invece quando si tratta di donazione indiretta, l'atto è unico, è atto reale, effettivo, da cui risulta come conseguenza un vantaggio in favore di una persona. Ecco la differenza che poi produce conseguenze pratiche in tutt'altro campo però che non sia quello della collazione. Ciò premesso, adduciamo degli esempi di donazioni indirette che debbono essere conferite. Un caso tipico di donazione indiretta è la rinunzia a un diritto qualsiasi. La rinunzia a un diritto non è per sè stessa atto di liberalità, perchè di per sè non ha altro scopo che quello d'estinguere un diritto. Questa rinunzia, secondo le circostanze in cui è fatta, può essere atto oneroso se si riceve un corrispettivo; può essere atto gratuito se fatta con intenzione di favorire altra persona, può essere atto indifferente, perchè si può compiere senza intenzione nè di ricevere un corrispettivo, nè di dare un vantaggio, ma solo allo scopo d'abbandonare un diritto. Infatti la rinunzia all'eredità può essere fatta per un corrispettivo, e allora la legge dice che equivale ad accettazione: può essere fatta a titolo gratuito ed assume il carattere di vera donazione: può essere fatta puramente e semplicemente pel solo scopo di non essere considerato, come segue quando l'eredità è oberata di pesi. La rinunzia dunque non importa per se

stessa liberalità; ma se venga fatta con lo scopo che un altro si possa così avvantaggiare, ove questo vantaggio praticamente si consegua, la rinunzia costituisce una donazione indiretta. Così supponiamo che un padre di famiglia chiamato insieme con i suoi due figli all'eredità d'un parente, per far cosa utile ai figli rinunzia all'eredità e rinunzia puramente e semplicemente innanzi al cancelliere della Pretura perchè sa che per effetto di tale rinunzia per legge i figli acquistano tutta l'eredità. In questo caso, sebbene la rinunzia non abbia lo scopo di compiere una liberalità, pure perchè fatta in tali circostanze produce necessariamente un vantaggio ai figli, essa costituisce una donazione indiretta.

Un altro caso di rinunzia è quello della remissione di un debito. Il padre ha un credito verso il figlio e gli restituisce il chirografo o la cambiale. Tale restituzione per legge importa remissione di debito. La remissione dei debiti per se stessa non è atto di donazione perchè può aver luogo o se il debitore è stato veramente pagato, o perchè si sa che il debitore non può pagare e quindi conviene rimettere il debito per non pagare imposta di ricchezza mobile. Non ostante quindi che la remissione dei debiti per se stessa non sia atto di donazione, pure se si fa in circostanze da produrre un vero lucro al debitore, allora assume il carattere di donazione indiretta. Altro caso: il padre va a seminare sul fondo del figlio, fabbrica sul fondo del figlio coll'animo di donare e non coll'animo di ripetere le spese fatte. I

fatti della fabbrica, della seminagione sul fondo altrui, che per se stessi non importano donazione, in questo caso importano donazione indiretta. Il caso più comune si ha quando il padre di famiglia volendo favorire un figlio a scapito degli altri acquista un bene in testa del figlio ma con denaro proprio. Il figlio si presenta innanzi al notajo o innanzi al magistrato e contratta o licita, ed acquista così i beni pagando con denaro somministrato dal padre. In questo caso c'è una donazione indiretta, perchè apparentemente il figlio acquista con denaro proprio; ma sottomano è il padre che ha fornito tale denaro.

Altro caso è quello dell'assicurazione in favore del terzo, cioè in favore del figlio. Il padre assicura il figlio o la figlia e paga regolarmente i premi, mentre l'indennità finale sarà poi pagata al figlio o alla figlia. In questo caso il padre non ha fatto un contratto di donazione, ma un contratto d'assicurazione; però da questo contratto deriva un vantaggio al figlio o alla figlia e si ha una donazione indiretta. Gli esempi si possono moltiplicare: ma non bisogna omettere quello arrecato espressamente dalla legge, cioè il pagamento dei debiti del figlio (art° 1007). Infatti, ove il padre paghi i debiti di un figlio senza surrogarsi nei diritti del creditore e con l'animo di non pretendere rivalsa dal figlio stesso, è evidente che il suo atto costituisce donazione indiretta, perchè il figlio riceve senza dubbio un vantaggio patrimoniale, senza corrispettivo. Il codice inoltre ricorda casi di donazione indiretta in cui il vantaggio che ne deriva è solo parziale,

come è quello di un contratto oneroso che il padre compie col figlio, ma il corrispettivo che riceve è inferiore al valore di ciò che dà (arg. art° 1010). Un padre vende a un figlio un fondo del valore di £ 50.000, per sole £ 20.000. In questo caso c'è una donazione indiretta, ma parziale. Qui c'è un vero contratto oneroso, in quanto il padre riceve un corrispettivo, ma siccome questo corrispettivo è inadeguato, vi è una donazione indiretta per quanto il prezzo è inferiore al valore reale. L'art° 1010 del Codice Civile dispone che quando c'è una convenzione a titolo oneroso e da questa convenzione il figlio ricava un vantaggio, bisogna vedere se questo vantaggio è nato nel momento stesso della convenzione oppure in tempo posteriore. Perché? Perché se è derivato nel momento stesso della convenzione, ciò significa che è effetto della convenzione e quindi il contratto oneroso in parte contiene una donazione indiretta; ma se il vantaggio si è avverato in tempo posteriore, non si può dire causato dall'atto, ma è semplicemente occasionato, e quindi non dev'essere conferito. Nel caso che il padre venda un fondo a minor prezzo, il figlio riceve un vantaggio nel momento della convenzione; e perciò la vendita importa donazione indiretta. Ma se vende al figlio un fondo al giusto prezzo, però dopo la vendita per il fatto che s'è costituita una ferrovia accanto, o è sorto un centro abitato, il fondo ha acquistato maggior valore; anche allora, è vero, il figlio viene ad avere un vantaggio, ma siffatto vantaggio è semplicemente occasionato, non deriva dall'atto di compra-vendita, come effetto

da causa; epperò non dev'essere conferito. Se il vantaggio quindi si verifica nel momento in cui avviene il contratto oneroso, allora vuol dire che il vantaggio è conseguenza dell'atto e che il padre ha fatto una donazione indiretta parziale, ma se il vantaggio è posteriore ed è un vantaggio occasionato non causato dall'atto, allora sarebbe ingiusto pretendere il conferimento; perchè la collazione ha per iscopo di rimettere il patrimonio del defunto nello stesso stato in cui si sarebbe trovato se la donazione non fosse avvenuta.

Continuando ad applicare lo stesso concetto che i vantaggi derivanti da contratto oneroso non debbono essere conferiti, tranne che essi siano causati dallo stesso contratto, e quindi si avverino al tempo in cui questo fu compiuto la legge all'art° 1011 si occupa del contratto di società stipulato dal padre col figlio. Un tale contratto di società potrebbe nascondere facilmente un vantaggio indiretto, perchè apparentemente potrebbe risultare che il figlio nella massa sociale abbia conferito una porzione di beni uguale a quella del padre, mentre in effetti pur essendoci uguaglianza di utili tra figlio e padre, il figlio non abbia posto niente nella massa sociale.

Il codice francese ha considerato il contratto di società tra padre e figli come un contratto sospetto di contenere una donazione indiretta; perciò ha stabilito che per levare questo sospetto occorre che il contratto sociale sia fatto con atto autentico. Il nostro codice si è contentato di meno: basta che il contratto abbia data certa, qualunque sia la forma, scrittura pubblica o privata. Quando il contratto sociale ha data certa, parago=

nando il patrimonio del figlio al tempo del contratto col patrimonio ch'egli ha in tempo posteriore si può vedere se il vantaggio che egli ne ha ricavato derivi immediatamente dal contratto sociale, come da sua unica causa, oppure è un vantaggio che si è verificato dopo per l'incremento dell'industria o per altre ragioni; di modochè se il contratto sociale non ha data certa si presume che contenga un vantaggio indiretto e quindi il figlio è obbligato a conferire il vantaggio a lui derivato, tranne la prova in contrario. D'altra parte il semplice fatto che esiste data certa nel contratto sociale, non significa che il figlio non debba giammai conferire il vantaggio. Quando c'è data certa, la legge presume soltanto che il contratto sia oneroso; come, se non v'è data certa, presume il contrario. Ma contro la presunzione della mancanza di liberalità indiretta è ammessa la prova contraria; quindi si può provare non ostante la data certa, che il contratto fu compiuto in modo tale da recare al figlio un vantaggio indiretto. Ecco come si spiega l'art° 1010, da cui risulta non bastare la condizione che il contratto abbia data certa, ma occorre ancora che questo sia fatto *senza frode*, la quale frase vuol significare « senza vantaggi indiretti occultati sotto l'apparenza del contratto oneroso regolarmente compiuto.

Oltre le donazioni indirette, ci sono le donazioni dissimulate. Le donazioni mascherate ordinariamente sono quelle che si nascondono sotto forma di contratto oneroso. La legge non ne parla distintamente, perchè si applica lo stesso principio generale delle donazioni. Quando si dimostra che la vendita non è che apparente, ma in realtà s'intese fare una donazione, si applica il

principio comune ad ogni donazione e perciò v'è l'obbligo della collazione. Qui però nasce un dubbio, perchè può darsi che il donante abbia fatto una donazione mascherata sotto forma di contratto oneroso appunto per dispensare dalla collazione. Alcuni dicono: il fatto di avere dissimulato la donazione sotto forma di contratto oneroso importa tacita dispensa da collazione, e quindi questa non deve aver luogo: altri negano che si possa parlare di tacita dispensa da collazione, e quindi sostengono che sempre la donazione mascherata debba essere conferita. È falsa tanto l'una che l'altra opinione. Può quel fatto essere stato compiuto coll'intenzione di sottrarre così la liberalità dalla collazione; ma può anche avere altro scopo, quello per es. di frodare la legge sul registro. Quindi non essendo unico lo scopo presumibile di questa simulazione, bisogna provare in fatto che l'intenzione fu quella di dispensare dalla collazione. D'altra parte non si può dire che non si ha mai il diritto di provare la volontà di dispensare in tal modo dalla collazione, dacchè la dispensa dalla collazione non deve avere forma speciale; la intenzione a ciò diretta può manifestarsi in tutti i modi, non solo espressamente, ma anche tacitamente, ossia con fatti da cui si possa argomentare una tale volontà.

Abbiamo detto che le donazioni debbono conferirsi. Ma che cosa proprio si deve conferire? La regola generale è che si deve conferire solo ciò che è effettivamente uscito dal patrimonio del donante, ed è entrato a far parte di quello del donatario. Quindi deve conferirsi solo ciò che è stato oggetto della donazione, non anche i vantaggi connessi alla donazione, occasionati da essa. La legge ha fatto l'applicazione di questo princi-

pio non solo come abbiamo visto, rispetto alle donazioni indirette contenute in contratti onerosi, ma anche rispetto alle stesse donazioni dirette, sottraendo dalla collazione i frutti e gl'interessi delle cose donate percepiti prima dell'apertura della successione (artº 1013). Gli autori si affannano a trovare la ragione di ciò: Alcuni dicono: se si fosse ammessa la collazione dei frutti e degl'interessi, ne sarebbe venuto un vero disastro pel donatario, il quale, invece di ricevere un vantaggio dalla donazione avrebbe avuto un danno, perchè avrebbe dovuto sborsare, ed in una volta sola il valore di tutti i frutti e interessi percepiti per molti anni, e i quali perciò possono raggiungere una somma superiore al capitale donato. Ma la ragione giuridica migliore è questa. Ciò che si deve conferire è quello che si è avuto in dono, cioè l'immobile o il denaro e non i frutti e gli interessi. E poi, i frutti e gl'interessi non sono delle cose che spuntano come funghi; perchè un fondo produca dei frutti, ci vuole l'attività di coltivatore, perchè un capitale produca interessi bisogna che s'impieghi, si richiede una certa attività. I frutti e gli interessi non sono cose che derivano necessariamente dalla donazione, ma sono semplicemente occasionate da essa e quindi non sono sottoposte a collazione. Questa ragione da noi accolta, e che del resto fu addotta dal Pothier, ci aiuta a risolvere facilmente una quistione nata circa l'interpetrazione lata o stretta da darsi all'artº 1013. Supponiamo che la donazione abbia avuto per oggetto dei frutti di un fondo, o gl'interessi d'un capitale, come se un padre di famiglia abbia donato ad un figlio la rendita del fondo A o i fitti nel palazzo B, ecc. In questo caso la collazione è dovuta o no? Gli autori che interpetrarono letteralmente quell'articolo, dicono che in questo caso la donazione non è sottoposta a collazione,

perchè si tratta di frutti o d'interessi: altri che sostengono l'interpetrazione ristrettiva opinano in contrario senso. Ma i primi, secondo noi, hanno torto perchè han trascurato la ragione logica dell'atto. Se la legge dice che i frutti e gl'interessi non sono soggetti a collazione, è perchè presuppone che la cosa donata sia una cosa fruttifera, sia una cosa che abbia valore di capitale e che quindi i frutti e gl'interessi siano un prodotto semplicemente occasionato dalla donazione della cosa. Se il principio generale è che tutto ciò che è donato dev'essere conferito qualora la donazione ha esclusivamente per oggetto i frutti e gl'interessi che provengono da un capitale, in questo caso si deve applicare il principio generale, cioè che bisogna conferire ciò che s'è avuto in donazione. Qui non si può dire che i frutti siano occasionati dalla donazione, ma sono causati da essa in quanto ne formano l'unico oggetto.
A questo proposito si fa un'altra grave questione. Quando il padre di famiglia ha donato non già la proprieta d'un immobile, ma l'usufrutto d'un immobile: l'usufrutto è sottoposto o no a collazione? I casi possono essere due: il padre di famiglia, aveva un usufrutto, e l'ha ceduto al figlio (ciò che si può fare perchè si può cedere benissimo il diritto d'usufrutto); oppure il padre di famiglia è proprietario di un fondo, si riserva per sè la nuda proprietà e costituisce in favore del figlio l'usufrutto sul fondo. Molti autori sostengono che in questi casi l'usufruttuario non debba conferire niente. Essi ragionano così: che cosa dovrebbe nel momento della successione conferire il donatario? L'usufrutto, ma l'usufrutto si risolve nei frutti e i frutti noi sappiamo che non sono soggetti a collazione, quindi non si deve conferire niente. Se l'usufrutto continua dopo la morte del donatario si dovrà solo conferire

i frutti che si raccolgono dopo l'apertura della successione. Questa è l'opinione prevalente. Però la giurisprudenza in questi ultimi tempi pare abbia preso un indirizzo contrario specie per opera del compianto Prof. Gianturco, che riuscì a far trionfare la sua tesi in una celebre causa innanzi alla Cassazione di Palermo. Per me anche l'usufrutto deve conferirsi non solo per la ragione addotta avanti, che cioè deve conferirsi tutto ciò che è stato donato e quindi anche i frutti, se i frutti sono oggetto della donazione; ma anche per un'altra ragione più convincente. Infatti nel caso in esame qual'è l'oggetto della donazione? È il diritto d'usufrutto. Ora altro è il diritto d'usufrutto, altri sono i frutti che derivano dall'esercizio del diritto d'usufrutto. Il diritto d'usufrutto è un diritto capitale che ha un valore per sè, tanto è vero che il diritto d'usufrutto può essere alienato, ipotecato; il diritto ai frutti è un diritto che si basa sull'esercizio del diritto d'usufrutto ed ha natura diversa: infatti mentre il diritto d'usufrutto è un diritto reale su cosa altrui, il diritto sui frutti provenienti dall'esercizio dell'usufrutto è un diritto di proprietà; il diritto d'usufrutto può essere immobiliare o mobiliare, secondo l'oggetto su cui cade; il diritto sui frutti è sempre mobiliare: si può conservare il diritto di usufrutto e aver perduto il diritto ai frutti, perchè di questi è stata fatta cessione. Questo dal punto di vista giuridico. Economicamente poi la differenza è evidente se si consideri che se, poniamo, l'usufruttuario è un intelligente ed abile agricoltore od industriale, può, pur lasciando immutata la cosa nella sostanza e nella forma apportarvi dei miglioramenti (art° 475), o in ogni modo farla fruttare il doppio il triplo di quello che saprebbe fare un altro.

Non è quindi esatto che, restituendo l'usufrutto, il donatario viene obbligato a restituire la somma dei frutti percepiti, perchè egli di regola restituirà molto meno. Che se poi il donatario fosse uno scioperato o negligente da lasciare il fondo quasi in abbandono, non avesse l'abilità necessaria per farne aumentare il reddito, allora è vero che, restituendo l'usufrutto, dovrà restituire una somma eguale e forse anche maggiore dei proventi ricavati, ma allora de se queri debet. Ma nei casi normali ciò non avviene oppure l'usufruttuario sarà tenuto a restituire un valore equivalente alla somma dei frutti percepiti, egli avrà sempre guadagnato gl'interessi che i medesimi hanno potuto produrre alla loro volta.
Perciò bisogna distinguere esattamente il diritto d'usufrutto considerato come diritto capitale e generatore di altri diritti, dal diritto sui frutti, che ne è una conseguenza, che può verificarsi. Il diritto d'usufrutto quindi si deve conferire. L'unica ma grande difficoltà è quella di valutare l'usufrutto, ed è perciò che gli autori preferiscono ritenere che l'usufrutto non si deve conferire; perchè altrimenti delle gravi quistioni sorgono sul modo di valutare il diritto d'usufrutto. Se il diritto d'usufrutto è indipendente dalle singole annualità, non si può calcolare il valore dell'usufrutto sommando i frutti percepiti. Vi sono diversi mezzi; il migliore è quello di capitalizzare l'usufrutto in base alle tavole di probabilità di morte che usano le compagnie d'assicurazione. Il diritto di usufrutto deve valutarsi sulla probabilità della vi-

ta dell'usufruttuario avuto riguardo al tempo in cui fu costituito. Un'altra applicazione del principio che si deve conferire ciò che fu oggetto della donazione, e quindi costituì effettiva diminuzione del patrimonio del donante si ha nel caso di assicurazione in favore del terzo. Il figlio, che fu il terzo beneficato che deve conferire l'indennità avuta dall'assicuratore, o soltanto le somme pagate dal padre a titolo di premio dell'assicurazione? La questione è stata risoluta dal codice di commercio in conformità dei principî generali; cioè il figlio deve conferire solo la somma che rappresenta i versamenti fatti dal padre a titolo di premio (artº 453 cod. comm.)
Inoltre l'oggetto da conferire dev'essere anche realmente entrato a far parte del patrimonio del donatario. Così se una donazione fu fatta, ma non fu mai eseguita, a nulla sarà tenuto il discendente donatario. Un'applicazione di questo principio l'ha fatta lo stesso codice civile rispetto alla dote: se il donante ha pagato la dote al marito senza le sufficienti cautele; dimodochè la dotata non abbia che un semplice credito contro il marito, senza garanzia reale, e quindi corra il pericolo di non conseguire nulla effettivamente, è tenuta a conferire non già la somma donata, ma semplicemente l'azione verso il patrimonio del marito.

Lezione XXXIª

Sommario

Altre cose non soggette a collazione - I modi con cui si opera la collazione - in natura o per imputazione - Collazione degl'immobili: casi in cui necessariamente deve aver luogo l'imputazione - Criterio per valutare l'immobile donato, e conseguenze - Collazione delle cose mobili: regole speciali - Collazione dei crediti - Collazione del denaro -

Tra le cose che non vanno soggette a collazione, oltre i frutti delle cose donate, debbono annoverarsi alcune che per se stesse potrebbero sembrare oggetto di donazione, ma che un attento esame fa vedere che o non sono tali oppure sono oggetto di una donazione che non ha recato nessun aumento al patrimonio del donatario, e perciò non sono sottoposte a collazione. Il codice ne parla nell'art° 1009. « Non si debbono conferire le spese di mantenimento, di educazione, d'istruzione e le ordinarie per abbigliamento, nozze e regali d'uso ». Spieghiamo il significato letterale di queste parole. Perchè non si debbono conferire le spese di mantenimento, di educazione e d'istruzione? È evidente; perchè le spese di mantenimento, di educazione e d'istruzione non costituiscono vera liberalità, c'è l'obbligo nel padre e nella madre di mantenere, istruire, educare i figli nei limiti delle proprie sostanze e della propria condizione. Quindi se queste co

stituiscono un vantaggio per il figlio, questo vantaggio non deriva da una liberalità, e perciò non è sottoposto a collazione. La legge aggiunge: «spese ordinarie per abbigliamento». Che vuol dire questa parola? O questa espressione è inutile o significa qualche cosa di distinto dalle spese di mantenimento. A prima vista parrebbe inutile, perchè le spese d'abbigliamento vanno comprese sotto la categoria generale delle spese di mantenimento. Il mangiare, il vestire, la casa, ecc; sono tutte cose che si comprendono sotto la parola mantenimento. Ma non è così. Questa frase si spiega risalendo alla storia. Nelle antiche consuetudini francesi si parla di spese per equipaggiamento. In che consiste l'equipaggiamento? Siccome si tratta di tempi in cui era in fiore la cavalleria, si sa che allora quando una persona entrava a farne parte, bisognava equipaggiarla. Questa parola rimase anche nel codice Napoleonico. Il nostro codice invece adopera la frase spese di abbigliamento, colla quale perciò avuto riguardo alla storia non si debbono intendere le spese per i vestiti che il padre deve fare ai figli, ma le spese per lo abbigliamento speciale occorrente per l'assunzione di una determinata carica, come nel caso che il figlio intraprenda la carriera militare, per cui occorrono le spese per la divisa, per il cavallo, ecc; Così ancora, poniamo che il figlio prenda la carriera ecclesiastica, ha bisogno degli abiti sacerdotali, e le spese per provvedergli questi abiti sono appunto spese di abbigliamento. Queste spese a rigore non costituiscono obbligo e vero e proprio del

padre di famiglia; pure la legge le considera come un complemento necessario delle spese fatte per l'educazione e l'istruzione, eppercio come non sottoposte a collazione. La legge parla anche di spese per nozze. A prima vista parrebbe che ci fosse contraddizione tra questo articolo e l'articolo in cui si dice che le spese per il corredo nuziale sono sottoposte a collazione. Non c'è contraddizione, altro è il corredo nuziale, altro sono le spese per nozze. Spese per nozze sono tutte quelle che si fanno per i festeggiamenti, per i documenti che si debbono esibire all'ufficiale dello stato civile ed alla chiesa, tutto ciò insomma che serve esclusivamente alla celebrazione delle nozze, mentre il corredo è qualche cosa di diverso in quanto serve per fornire la sposa di abiti, di biancheria, ecc. La legge parla infine di regali d'uso. Nelle antiche consuetudini si parlava soltanto di regali che si facevano in occasione di nozze. La posizione in cui si trova questa frase fa pensare che il legislatore intendesse esimere dalla collazione i regali che in occasione di nozze si sogliono fare. Ma la giurisprudenza francese allargò il significato primitivo di questa parola riferendola a tutti i regali d'uso, ancorchè fatti in occasione diversa da nozze, come i regali fatti in occasione del Natale, del Capo d'anno, ecc. Certamente i regali per nozze sono donazioni che andrebbero sottoposte a collazione; ma siccome si tratta di donazione di cose la cui entità non arriva ad aumentare il patrimonio del donatario, onde se questo fosse

sottoposto all'obbligo della collazione, al tempo della successione, verrebbe a perdere qualche cosa di proprio, così sono esenti da collazione.

Dopo aver parlato delle cose che vanno sottoposte a collazione, e di quelle che ne sono esenti o per una ragione o per un'altra, dobbiamo parlare dei modi e degli effetti della collazione.

Come si opera la collazione? La collazione parlando in generale si può operare in due modi: o in natura o per imputazione. La collazione in natura si fa col porre materialmente le cose ricevute per donazione nella massa ereditaria, cosicchè queste cose che prima della successione appartenevano in proprietà esclusiva del donatario, colla collazione diventano oggetto di comproprietà tra i varî coeredi discendenti.

Che vuol dire collazione per imputazione? L'imputazione per sè stessa non è un istituto giuridico, è una operazione aritmetica, che serve per raggiungere certi scopi giuridici. Imputazione è detrazione. Tizio riceve un immobile che vale 10.000 lire, la porzione ereditaria a lui spettante sarebbe 12.000 lire. Invece di conferire in natura quest'immobile dice: sottraggo da lire 12.000, valore della quota a me spettante, le £ 10.000 che ho ricevuto e prendo dei beni pel valore di £ 2.000. Perciò i francesi chiamano questo modo di collazione con espressione più precisa «*en moins prénant*» prendendo meno, cioè prendendo dai beni ereditarî tanto di meno quanto è il valore di ciò che s'è ricevuto effetti

vamente. Ecco che significa collazione per imputazione.
- Il codice francese, a differenza del nostro, preferisce di questi due modi il primo, ossia la collazione in natura, appunto perchè il codice francese si attiene più rigorosamente del nostro al principio della comproprietà familiare, in base al quale è più giusto e più equo che le cose donate vengano conferite in natura, perchè così non resta per nulla alterato il patrimonio del defunto. Il nostro codice ha seguito un'altra via, ha dato in generale facoltà ai coeredi di scegliere l'uno o l'altro modo di collazione. Quindi per regola generale (vedremo poi le eccezioni) la collazione si può operare o in natura o per imputazione, cioè prendendo meno. Ciò è stabilito nell'art° 1015. A questo va congiunto l'art° 992 in cui è stabilito che quando il donatario prescеglie il modo di conferire per imputazione, gli altri coeredi hanno diritto a prelevare dalla massa ereditaria un'eguale quantità di beni possibilmente della stessa natura e qualità dei beni donati. Che vuol dire ciò? Supponiamo che il valore dell'immobile donato, come nel caso dianzi fatto, sia di £10.000. I coeredi a cui spetta il diritto di collazione hanno facoltà di prelevare in loro favore dalla massa ereditaria tanti immobili quanti bastano per eguagliare il valore di £10.000, valore dell'immobile donato all'altro coerede. Cosicchè alla divisione si procede solo dopo fatto questo prelevamento, onde tutto ciò che resta dopo questo di

stacco di immobili per un valore eguale a quello donato viene ripartito. In tal modo non viene ad essere alterata l'uguaglianza che la legge vuole raggiungere tra i varî coeredi e discendenti, i quali devono per regola generale avere ciascuno nella sua quota un'eguale quantità di mobili, immobili, ecc; fin quanto è possibile.

Ma vi sono dei casi in cui la facoltà di scelta allo erede donatario non è accordata, perchè egli deve conferire per necessità le cose ricevute col mezzo dell'imputazione. Quali sono questi casi? Innanzitutto distinguiamo la collazione d'immobili da quella di mobili. Parliamo prima della collazione di cose immobili. Il principio generale è quello che abbiamo detto; però in due casi l'erede donatario d'immobili deve conferire l'immobile per imputazione. O quando l'immobile sia stato alienato, o quando sia perito per colpa sua. Esaminiamo i due casi. Il coerede donatario essendo proprietario dell'immobile donatogli lo ha alienato. Egli poteva fare ciò, perchè essendo proprietario poteva disporre della cosa sua. Dovendo egli adempiere l'obbligo della collazione, la legge avrebbe fatto bene dargli la facoltà di conferire l'immobile in natura? No, avrebbe fatto male, perchè avrebbe danneggiato i terzi legittimi acquirenti, in quanto in forza della collazione costoro avrebbero veduto svanire i proprî diritti. Per evitare quest'inconveniente la legge stabilisce che ove lo immobile sia stato alienato, il coerede donatario deve conferire per imputazione (artº 1016). Notate che c'è una

grande differenza, a tale riguardo, tra il codice nostro ed il codice francese. Il codice francese prescrive l'imputazione dell'immobile solo quando sia stato alienato interamente ed inoltre solo quando l'alienazione sia seguita prima dell'apertura della successione. Ove l'immobile non sia stato alienato per intero, ma solo gravato di diritti reali; o sia stato alienato per intero, ma dopo l'apertura della successione; in questi casi la collazione deve farsi sempre in natura cosicchè i diritti dei terzi in simili casi, vanno perduti. Il nostro codice invece non ha fatto distinzione tra alienazione precedente o susseguente all'apertura della successione, nè tra alienazione dell'intera proprietà e costituzione di diritti reali. Questo risulta chiaramente dall'art° 1016. La legge ha aggiunto la parola ipotecato, appunto per innovare ciò che è disposto nel codice francese, il quale sanciva che solo l'alienazione dell'intera proprietà importasse l'obbligo dell'imputazione.

È evidente poi che sebbene il codice non parli che d'ipoteca, la collazione si deve fare per imputazione in tutti i casi possibili di costituzione di diritti reali sopra l'immobile. Se il donatario ha costituito una semplice servitù, un usufrutto, un uso, il terzo non dev'essere privato del suo diritto; la collazione deve farsi per imputazione. Inoltre la legge non ha determinato il tempo dell'alienazione; sia stata fatta prima dell'apertura della successione o dopo, il donatario

ha l'obbligo di conferire per imputazione, prendendo meno, cioè sottraendo il valore della cosa donata dal valore della quota ereditaria che gli spetterebbe: e così i diritti dei terzi restano salvi. Altro caso in cui la legge obbliga l'erede a fare la collazione per imputazione, si ha quando l'immobile sia perito per colpa del donatario. Mettiamo che il donatario abbia avuto in dono una cosa che aveva bisogno delle spese necessarie per la manutenzione. Il donatario non ha fatto nulla, in modo che la cosa è perita per sua colpa. Certamente il donatario non può fare la collazione in natura, perchè l'oggetto non esiste. Ma sarà egli dispensato dalla collazione? No, perchè vi sarebbe lesione del diritto degli altri coeredi. Perciò non potendo la collazione avvenire in natura è necessario che la cosa sia conferita per imputazione. La legge non dice ciò espressamente, ma questo risulta indirettamente dall'art° 1012 in cui si dice che se l'immobile è perito per caso fortuito, non c'è l'obbligo della collazione; dunque, s'argomenta, se non è perito per caso fortuito, ma per colpa c'è l'obbligo della collazione; e siccome la collazione non può avvenire in natura, perchè è impossibile, resta l'obbligo della collazione per imputazione. Riguardo a quest'art° 1012 nasce un'altra questione: perchè il donatario sia del tutto esente della collazione a causa del perimento totale della cosa, quando dev'essere avvenuto il caso fortuito, dev'essere avvenuto, prima

che egli abbia alienato, cioè quando possedeva la cosa: il caso fortuito dispensa dalla collazione anche se avvenuto dopo la alienazione? Se il caso fortuito è avvenuto quando il donatario era possessore della cosa donata, si capisce che egli sia dispensato dall'obbligo di conferire; ma il dubbio potrebbe nascere quando il caso fortuito segua dopo che il donatario ha alienato l'immobile. A prima vista parrebbe che in questo secondo caso il donatario fosse tenuto alla collazione, specie se abbia alienato a titolo oneroso, e quindi abbia avuto il corrispettivo. Che importa se l'immobile sia dopo perito per caso fortuito? Siccome il principio generale è che il caso colpisce il proprietario, questo caso ha colpito disgraziatamente chi ha comprato la cosa: invece il donatario non ha ricevuto alcun danno. Se dunque, nonostante il caso fortuito, dalla vendita ha ricevuto un vantaggio, ed ha tratto così dalla donazione tutto il lucro di cui era capace, parrebbe che dovesse conferire il valore della cosa, perchè è perita sì per caso fortuito, ma ad esclusivo danno di un terzo. Pure la dottrina, seguendo il Pothier, ritiene che se anche il caso fortuito sia avvenuto dopo l'alienazione fatta dal donatario, costui non è tenuto alla collazione; perchè si dice il caso fortuito è un fatto tale che avrebbe distrutta la cosa presso chiunque si fosse trovata. Anche se la cosa si fosse trovata nelle mani dell'antico proprietario, e non fosse stata oggetto di donazione, l'erede in forza del caso fortuito non avrebbe trovato questa cosa nel patrimonio ereditario. La collazione ha lo scopo di reintegrare il patrimonio ereditario in quello stato in cui si sarebbe trovato se la donazione non fosse avvenuta, nè più nè meno; quindi se nonostante il caso fortuito, dovesse aver luogo la collazione,

questa farebbe conseguire ai coeredi diversi dal donatario un valore che non si sarebbe trovato nel patrimonio del defunto, ove la donazione non fosse seguita, il che è contrario al fine della collazione. Perciò se il donatario ha tratto vantaggio prima che fosse avvenuto il caso fortuito, questo vantaggio deve ascriverlo a sua buona fortuna, è vantaggio *occasionato* dalla donazione, non già *causato*.

Quali sono i criteri per valutare la cosa donata? Rispetto agli immobili della cui collazione ci occupiamo, (sebbene la legge non l'usi) la formola che si può adoperare per indicare il criterio da seguire, è la stessa che abbiamo vista adoperata dalla legge a proposito della riduzione delle donazioni. Deve tenersi conto dello stato dell'immobile al tempo della donazione e del valore di esso, secondo quello stato, al tempo dell'apertura della successione, cioè bisogna tenere presenti due elementi, quale era lo stato dell'immobile al tempo della donazione, e quale è il valore al tempo della successione dello stesso immobile se avesse conservato lo stato che aveva al tempo in cui fu donato. Cosicchè non si tiene conto di tutti i miglioramenti o deterioramenti che fossero avvenuti medio tempore. Se il donatario, dopo la donazione fatta, ha speso dei capitali enormi per migliorare il fondo, in modo che il fondo si trova cresciuto in valore al tempo della successione, deve conferirsi forse l'immobile avuto riguardo allo stato ed al valore attuale? No. Bisogna dedurre tutti i miglioramenti che ha fatto il donatario ed a lui si debbono pagare non solo tutte le spese necessarie fatte per la conservazione della cosa, ma anche le spese utili, nella misura

di cui parla il Codice Civile, cioè nella misura minore tra lo speso ed il migliorato, perchè se altrimenti fosse, i coeredi verrebbero a trarre un ingiusto vantaggio economico. D'altra parte se il coerede donatario abbia fatto dei deterioramenti, abbia trascurato le riparazioni occorrenti alla cosa, abbia fatto prescrivere un diritto di servitù, ecc.; in tutti questi casi lo stato della cosa qual'era al tempo della donazione si trova deteriorato al tempo della successione, ma di questo deterioramento non bisogna tener conto per calcolare il valore dell'immobile: il donatario farà l'imputazione addebitandosi il valore manchevole per il deterioramento. (articoli 1017 a 1020) Questo criterio si segue in tutti i casi, tanto se la collazione avvenga in natura, quanto se per imputazione. Solo si attua diversamente; perchè se si conferisce in natura l'immobile avuto in donazione, è evidente che non si possono staccare materialmente i miglioramenti; nella massa ereditaria andrà il fondo così com'è migliorato, e gli altri coeredi debbono rimborsare il coerede donatario delle spese necessarie fatte, delle spese per i miglioramenti. Se invece il fondo trovasi deteriorato, i coeredi debbono prenderlo così come si trova, ma il coerede che ha fatto la collazione in natura deve sborsare tanto denaro quanto rappresenta il valore del deterioramento. Al contrario, se la collazione si fà per imputazione, non c'è bisogno di sborsare del denaro da una parte o dall'altro; la imputazione si fà colla sottrazione. Il valore dell'immobile al tempo della successione è di lire 15000. Di tali lire 15000, 2000 sono dovute a miglioramenti fatti dal donatario. È necessario forse in questo caso che i coeredi diano

2000 lire al donatario? No, il donatario invece d'imputare nella sua quota lire 15000, imputa solo lire 13.000. Viceversa, se avuto riguardo allo stato della cosa al tempo della donazione e al valore al tempo della successione, la cosa dovrebbe valere lire 15000, mentre per i deterioramenti avvenuti per colpa del donatario vale lire 13000; significa che il donatario deve dare qualche cosa agli altri coeredi? No; invece di imputare il valore attuale effettivo, cioè lire 13000, imputa lire 15000, o, in altre parole, sottrae lire 15000 invece di lire 13000. Questo stesso criterio, dice la legge, si applica anche nel caso che un fondo sia stato alienato. Quando un fondo è alienato, il donatario come può conferire? Per imputazione, che è l'unico modo permesso. In questo caso, dice la legge, si tien conto dei miglioramenti e dei deterioramenti fatti dall'estraneo, dal terzo (art.º 1021). In che modo? Nel modo che ho detto. Se il fondo è stato migliorato dal terzo, dimodochè al tempo della successione, questo fondo invece di valere lire 15000, quale sarebbe il suo valore avuto riguardo al suo stato al tempo della donazione, vale lire 20000, come deve calcolare il donatario questo fondo? Deve calcolarlo per lire 15000 e non deve tener conto dei miglioramenti fatti dal terzo. Invece se il terzo abbia fatto deteriorare il fondo, il quale sarebbe valso lire 20000, mentre ora vale lire 15000, che cosa deve imputare il donatario nella sua quota? Lire 20000. Ecco come si attua questo stesso criterio. Anche nel caso che i deterioramenti o i miglioramenti siano avvenuti per il fatto del terzo, ciò poco importa, non si guarda chi ha fatto i deterioramenti o i miglioramenti, si guarda allo stato ef-

fettivo della cosa e si paragona lo stato attuale collo stato primitivo del fondo. Se si trova una differenza in meglio o in peggio, non si deve tener conto. Questo è il concetto della legge espresso in diversi articoli e precisamente negli articoli 1017, 1018, 1019, 1020, 1021. Tutti questi articoli il legislatore poteva risparmiarseli, se avesse usata la stessa formola adoperata per la riduzione, cioè si calcola il valore della cosa donata avuto riguardo allo stato della cosa al tempo della donazione e al valore al tempo della successione. A questo proposito la legge aggiunge un altro articolo, veramente poco intelligibile. Quando si tratta dei modi di conferire, la legge dice nell'artº 1022 «se la donazione ad un discendente successibile <u>con dispensa della collazione</u> è di un immobile ed eccede la quota disponibile, il donatario deve conferire lo immobile in natura, o può ritenerlo per intero secondo le regole stabilite nell'artº 826» In quest'artº 826 si stabilisce che, ove l'immobile donato sia di tale valore che ecceda il quarto della porzione disponibile, il donatario deve lasciare l'immobile; ove non vi sia questo eccesso può ritenere l'immobile e pagare il dipiù agli altri coeredi. Ora si domanda: che c'entra quest'articolo colla collazione? La legge stessa nell'articolo 122 fa la ipotesi di una donazione con dispensa di collazione; che cosa quindi si deve conferire? Niente. Invece non sono i principii della collazione che si applicano in questo caso, sono i principii della riduzione. Se l'immobile donato con dispensa di collazione supera la quota disponibile, quale istituto bisogna applicare? L'istituto della riduzione. Infatti l'artº 826 si ri-

ferisce alla riduzione. Questo è uno dei tanti errori che si trovano nel titolo della collazione, errore dovuto alla confusione tra riduzione e collazione.

Finora abbiamo parlato della collazione d'immobili; ma anche le cose mobili debbono essere conferite. Per gl'immobili il donatario può scegliere di conferirli o in natura o per imputazione; per i mobili il codice ha seguito tutt'altro criterio, in quanto debbono sempre conferirsi per imputazione, cioè prendendo meno di quello che spetterebbe. Perchè? Le ragioni vere non sono troppo chiare. La ragione migliore è questa: i mobili in generale sono soggetti facilmente a deterioramento; di più questo deterioramento non si può vedere se dipende da colpa del proprietario, oppure naturalmente dall'uso che se ne fa, giacchè i mobili sono cose che per se stesse sono destinate a consumarsi per forza dell'uso; onde non potendosi discernere il deterioramento dipendente dall'uso da quello dipendente dall'abuso, la legge ha risoluto la quistione dicendo che i mobili debbono conferirsi per imputazione, perchè conferendosi in natura i coeredi riceverebbero meno (art° 1024). Per valutare i mobili si hanno due criteri, o si guarda la stima annessa all'atto di donazione, oppure se non c'è, si fa la stima di periti. (art° 1024) in altri termini vale anche qui la stessa regola posta per la riduzione. Le cose mobili donate si valutano secondo lo stato e il valore al tempo della donazione. Ma qui sorge una difficoltà: come va che

la legge prevede la donazione di mobili fatta senza stima, dal momento che l'art° 1070 del codice dice che la stima è condizione essenziale per la validità della donazione? Prima di tutto si possono dare benissimo delle donazioni manuali; mentre la stima dei mobili è condizione di validità, quando la donazione è fatta per atto solenne e per le donazioni manuali è impossibile poter trovare la stima, quindi la necessità di ricorrere alla perizia. Ma c'è inoltre una risposta più soddisfacente; ed è che la legge quando parla di collazione non si occupa se la donazione sia valida o nulla giacchè tutte le donazioni, ancorchè nulle, se siano state effettivamente eseguite sono oggetto di collazione. Se la legge prevede l'ipotesi della donazione fatta senza stima, che per sè sarebbe nulla poco importa, perchè i coeredi possono e vogliono e credono opportuno nel loro interesse, intentare azione di nullità della donazione, ma se non trovano ciò conveniente, possono sempre obbligare il donatario a conferire la cosa ricevuta. Ecco come si spiega il fatto che la legge prevede l'ipotesi di donazioni senza stima, in quanto può trattarsi o di donazioni manuali o anche di donazioni per atto scritto che siano nulle, perchè ciò per gli effetti della collazione poco importa. Che cosa dovrà dirsi se la cosa mobile donata sia perita per caso fortuito? Ci sarà o no l'obbligo della collazione? L'obbligo della collazione c'è sempre, ancorchè la cosa sia perita per caso fortuito, e ciò si desume dalla lettera della legge, la quale esenta da colla-

zione le donazioni quando si tratta d'immobili periti per caso fortuito e non già quando si tratta di mobili. Si desume anche dai principî generali intorno alle obbligazioni. Dal momento che la legge dice che le cose mobili donate debbono essere conferite per imputazione e debbono essere conferite avuto riguardo allo stato ed al valore che avevano al tempo della donazione, ne discende che fin dal momento in cui una persona ha ricevuto una cosa mobile, ha solo l'obbligo di conferire nella futura massa ereditaria una somma di denaro. Ora è principio generale in materia di obbligazioni che hanno per oggetto una somma di denaro, che non ci può essere estinzione per caso fortuito, perchè non c'è mai l'impossibilità obbiettiva di pagare una somma di denaro, che non ci può essere estinzione per caso fortuito, perchè non c'è mai l'impossibilità obbiettiva di pagare una somma (genus nunquam perit). Anche se la cosa mobile sia perita dopo per caso fortuito, siccome il caso fortuito non tocca l'oggetto dell'obbligazione, che non è cosa mobile ma una somma di denaro, è evidente che il caso fortuito non influisce per nulla a liberare l'erede dalla collazione. Il contrario s'avvera invece quando alcuno è donatario di una cosa immobile, fin dal momento della donazione nasce, sebbene in maniera condizionata l'obbligazione di conferire l'immobile in natura; e solo in via facoltativa si può sostituire il valore alla cosa in natura. Onde applicando il principio che regola le obbligazioni facoltative, poichè

obbligo principale del coerede è di conferire l'immobile in natura, soltanto ha facoltà di sostituire il valore alla cosa in natura, ne deriva che perito l'oggetto d'obbligazione del conferimento, cioè l'immobile, è liberato dalla obbligazione e quindi non è tenuto a pagarne il valore. Ecco come si spiega la differenza tra mobili ed immobili rispetto alla collazione.
Che si dovrà dire dei crediti? Qui si presentano delle quistioni molto ardue. Mettiamo che un discendente abbia ricevuto in donazione un credito verso Tizio. Questo credito al tempo della successione è inesigibile. Che cosa deve conferire il donatario? I giuristi, ossequenti alle disposizioni letterali della legge, dicono che si deve conferire tutto lo ammontare del credito, e poco importa che questo non sia esigibile al tempo della successione. Costoro dicono, il donatario deve conferire la cosa mobile donata avuto riguardo allo stato e al valore che aveva al tempo della donazione; quindi se al tempo della donazione il credito era esigibile, bisogna imputare l'intero valore da esso rappresentato, perchè anche il credito è cosa mobile. Cosicchè il donatario d'un credito si trova costretto a calcolare come ricevuta una somma che è certo di non potere esigire. Ora è plausibile questa decisione? A me pare contraria non solo ai principî di equità, ma agli stessi principî positivi della collazione. Se la collazione ha lo scopo di reintegrare il patrimonio del defunto come si sarebbe trovato se la donazione non avesse avuto luogo; in caso di donazione di crediti che poi diventano inesigibili, la collazione eccede il suo

scopo. Infatti è chiaro che i crediti sarebbero stati inesigibi-
li anche se la donazione non avesse avuto luogo, onde i
coeredi discendenti avrebbero trovato nel patrimonio del de-
funto una semplice azione che sperimentata non avrebbe
condotto a buoni risultati. Perchè, avvenuta la donazione essi do-
vranno avere un profitto che altrimenti non avrebbero consegui-
to? È poi da notare che c'è una gran differenza tra il codice france-
se ed il nostro, e quindi non si può ciecamente seguire
l'opinione contraria prevalente nella dottrina francese.
Il codice francese parla di effetti mobiliari, invece la
parola mobili sostituita nel nostro codice, per se stessa
non comprende i crediti (art° 422 cod. civ.). Questa è la pri-
ma ragione per escludere i crediti dalla disposizione del-
l'art° 1024. La seconda ragione è che i mobili che si deb-
bano imputare sono quelli, come dice la legge stessa, che
permettono una possibile stima al tempo della donazione,
tanto è vero che la legge dice che bisogna guardare alla
stima annessa all'atto della donazione ed in mancan-
za bisogna giudicare per mezzo di periti. Ora i crediti so-
no forse cose mobili per la cui donazione è richiesta
la stima? La legge richiede la stima solo per la donazio-
ne di cose mobili corporali. Ecco come in base al principio
generale e ad argomenti dalla stessa lettera della legge
noi crediamo, contrariamente all'opinione dominante, che
i crediti non siano cose che debbano conferirsi necessariamen-
te per imputazione, ma che si possa ad essi applicare
il principio generale sancito dal nostro codice, che il do-
natario ha facoltà di conferire la cosa in natura o per

imputazione. Se il credito è esatto, il donatario naturalmente dovrà conferire per imputazione, giacchè così il credito è estinto; ma se il credito non è esatto, sia o no inesigibile, e quindi ancora sussiste in natura, il donatario potrà conferirlo in natura: cioè conferire il semplice nomen ossia l'azione. Come si fa finalmente la collazione del denaro donato? Per principio generale, il denaro come cosa mobile deve conferirsi per imputazione, cioè il donatario di una somma di denaro deve prendere dal denaro ereditario tanto di meno per quanto ne ha ricevuto. Supponiamo che nella massa vi sia il contante di £10.000 e che uno dei due coeredi abbia ricevuto £5.000. Può questo coerede dividersi coll'altro le £5.000 rimanenti? No; in questo caso avendo avuto £5000, cioè una somma uguale a quella che gli sarebbe spettata ove la donazione non avesse avuto luogo non può pretendere nulla. Questa è applicazione di principio generale. Dove però apparisce la specialità della collazione in denaro è in una altra ipotesi fatta dalla legge nell'art° 1025 capoverso. Questo capoverso non si capisce bene. Che vuol dire che il donatario di una somma di denaro può esimersi dal conferire altro denaro, cedendo sino alla concorrente quantità l'equivalente in immobili o mobili ereditarî? Per dare interpetrazione logica a questo capoverso, bisogna pensare che la legge contrariamente al principio generale che non è possibile la collazione in natura dei beni mobili, ammette la possibilità della collazione in natura del denaro. Cosicchè la legge intende dire che se il denaro ereditario non basta per attuare la collazione per imputazione; allora contra

riamente ai principî generali, si dà facoltà all'erede donatario di conferire nella massa una somma di denaro eguale a quella ricevuta; ma se l'erede non vuol fare questo nessuno può costringerlo, ed allora che diritto hanno gli altri coeredi? Il diritto che deriva dal principio generale sancito nell'art° 992 ossia di prelevare dalla massa ereditaria, prima beni mobili e poi beni immobili, per un valore eguale al denaro donato. Sicchè l'anomalia si riduce a questo: il donatario invece dell'imputazione può fare la collazione del denaro in natura. La legge invece colle parole usate farebbe credere che si fa concessione speciale al donatario di esimersi dal conferire denaro in natura, mentre questo è appunto un diritto derivante dai principî generali. Ecco la prima causa di oscurità nell'articolo. L'altra causa d'oscurità si trova nelle parole: «cedendo mobili o immobili ereditarî» quasi che il donatario avesse facoltà di fare una datio in solutum; invece è un obbligo a cui deve sottostare, pe principio generale che regola la collazione per imputazione; e non si tratta già di cessione, ma di prelevamento.

Lezione XXXII^a

Sommario

La collazione dei debiti-
La divisione: diritto di domandarla - Casi in cui questo diritto è sospeso - Casi in cui il diritto è perduto - Capacità occorrente per la divisione - Le varie specie di divisione - La divisione giudiziale, e le varie operazioni ad essa relative - I diritti dei creditori e dei cessionari dei coeredi rispetto alla divisione -

Oltre la collazione vera e propria di cui abbiamo parlato, cioè la collazione delle donazioni, c'è la collazione dei debiti. Il nostro codice non ne parla sotto la rubrica della collazione, ma ne parla incidentalmente quando tratta della divisione nell'art° 991.
Che cosa è questa collazione di debiti? Apparentemente si potrebbe credere che sia la stessa cosa della collazione di cui s'è parlato, invece è cosa differente. Secondo alcuni giuristi, specialmente francesi, sarebbe l'applicazione dei principî generali della collazione. La collazione dei debiti avrebbe per presupposto questo, cioè, che i crediti del defunto verso l'erede si dovrebbero presumere come donazioni larvate. Invece può non essere così. Benissimo una persona può aver dato una somma di denaro in prestito a chi poi è diventato suo erede. Non c'era alcuna intenzione di donare né per via indiretta, né per via simulata; pure il debito dell'erede dev'essere sottoposto a collazione an-

corchè, si provi che sia un debito vero e proprio. Non bisogna confondere il caso di debiti che abbia l'erede verso il defunto con quello previsto dall'art° 1007, in cui si dice che è soggetto a collazione ciò che il defunto ha speso per pagare i debiti dei discendenti. Il pagamento che il defunto faccia dei debiti dei suoi discendenti, è una donazione indiretta; ma se il defunto fa credito al futuro erede, questo non è per sè una donazione indiretta, nè si può senz'altro presumere che sia donazione mascherata.

Posto ciò, la collazione dei debiti ha indole diversa da quella della collazione vera e propria. Mentre la collazione vera e propria ha lo scopo di reintegrare il patrimonio ereditario come sarebbe stato se la donazione non fosse avvenuta, invece lo scopo della collazione dei debiti è di ripartire soltanto in certo modo l'attivo ereditario. Adduciamo degli esempî per fare meglio capire la cosa. Tizio ha lasciato un patrimonio di £ 50.000 ed un credito di £ 10.000 verso uno dei coeredi. Questo coerede che ha avuto £ 10.000, se non dovesse conferire il debito a che avrebbe diritto? Alla metà del patrimonio ereditario; £ 25.000 spetterebbero ad uno e 25.000 spetterebbero all'altro coerede. Che cosa succederà dei crediti? I crediti per principio generale dovrebbero dividersi tra i due coeredi, e la divisione dei crediti importerebbe che quello dei coeredi che ha ricevuto già a titolo di credito £ 10.000, mentre per £ 5.000 metà del credito non avrebbe diritto di pretendere nulla perchè essendone egli nel tempo stesso debitore, il credito s'estinguerebbe per confusione, dovrebbe dare le altre 5000 lire al

coerede. Ora se non avvenisse la collazione dei debiti, un coerede avrebbe £25.000 ed avrebbe avuto anticipatamente £5.000, l'altro coerede avrebbe £25.000 e dovrebbe seguire l'alea che segue ogni creditore che ha un credito, dovrebbe sperimentare le azioni che gli spettano per avere le £5.000. Così nasce una certa disuguaglianza tra l'erede che ha avuto una somma di denaro a titolo di credito, e l'erede che niente ha avuto. Per levare la disuguaglianza, per fare che i due eredi ricevano effettivamente una eguale quantità di denaro come di beni ereditarî, la legge dice che l'erede che ha un debito verso il defunto deve conferirlo, il che significa che o deve dare all'altro coerede una somma in denaro corrispondente a quella da lui dovuta, oppure imputerà nella quota tale somma, prendendo tanto di meno del denaro ereditario. Qui non si tratta, come si vede chiaro, di reintegrare il patrimonio ereditario, di aumentare ciò che il defunto effettivamente lascia aggiungendovi qualche altra cosa; perchè il defunto lascia nel suo attivo ereditario oltre i beni anche i crediti. La collazione ha solo per iscopo di far compiere la divisione in un modo piuttosto che in un altro. È evidente così la differenza tra collazione di debiti e collazione di donazioni. La differenza inoltre risulta più spiccata da questo che, mentre la collazione delle donazioni è dovuta solo dal discendente agli altri discendenti invece, data l'ampiezza delle parole usate dallo art° 991, la collazione di debiti è dovuta da qualsiasi erede, anche se erede estraneo, anche se i coeredi non

abbiano la qualità di discendenti. È evidente in tal modo come la collazione dei debiti somigli alla collazione delle donazioni, solo in quanto all'effetto pratico che è quello di riunire alla massa ereditaria e di ripartire la somma data a titolo di credito e non già in quanto allo scopo e in quanto alle persone che vi sono tenute.

Ed ora passiamo all'argomento della divisione dell'eredità. Quando più sono i coeredi, nasce uno stato di comunione, tutti sono comproprietari dei beni ereditarî; essi hanno diritto ad una quota, ma questa quota resta allo stato ideale. Quindi tutte le regole che si applicano alla comunione dei beni in generale, s'applicano alla comunione che nasce dall'eredità. Anzi a questo proposito osservano molti autori che il codice ha fatto male a parlare della divisione sotto il titolo della successione; poteva parlarne più appropriatamente sotto il titolo della comunione dei beni, perchè le regole della divisione si applicano in ogni caso di comunione. Il principio generale è che quando vi è lo stato di comunione ciascun comunista, e nella nostra ipotesi, ciascun coerede può domandare la divisione; perchè la comunione è fonte di discordie, presenta molti inconvenienti, la legge pone come principio d'ordine pubblico che ciascuno dei varî coeredi può domandare la divisione (art° 984).

A questo principio d'ordine generale vi sono delle eccezioni, delle quali una è ricordata dal codice sotto il titolo della comunione, l'altra sotto il titolo della divisio-

ne. Anzitutto gli stessi coeredi possono tra loro convenire di restare un certo tempo in comunione, e ciò avuto riguardo all'interesse che può presentare la comunione. Però questa convenzione non può essere fatta che per la durata di dieci anni, cosicchè se è fatta per un tempo maggiore, non è nulla, ma è riducibile a dieci anni. Questa convenzione dopo scaduto il termine può essere rinnovata (art° 681 C.C.). Ciò che è notevole a questo proposito è la questione agitata se, ove vi sia questa convenzione i creditori personali dell'erede siano obbligati a rispettare questo patto. Dovete sapere che principio anche generale del nostro codice è che quando i creditori vogliono espropriare i beni indivisi, prima di tutto debbono far procedere alla divisione; non possono se non sono creditori di tutti i comproprietari, di tutti i coeredi, ma di un solo, espropriare i beni indivisi (art° 2077). Posto che i comunisti abbiano fatto la convenzione di restare in comunione per dieci anni, in questo tempo i creditori personali di uno di essi possono domandare la divisione nonostante la convenzione? Alcuni hanno detto: non possono, perchè il vincolo che lega i coeredi obbliga i creditori, i quali non hanno diritti maggiori di quelli che hanno i loro debitori, e quindi restano vincolati. Altri hanno distinto i creditori anteriori alla convenzione, i quali non sarebbero vincolati, ed i creditori posteriori che sarebbero vincolati. Altri finalmente ritengono che i creditori non sono mai vincolati. Questa è l'opinione migliore, perchè l'obbligo tra i vari coeredi è

personale l'obbligo di restare in comunione non costitui=
sce un vincolo reale sui beni, e resta saldo il principio
che i beni dei debitori sono la comune garenzia dei cre=
ditori. Invece se ammettiamo che obbliga anche i credito=
ri, costoro rimarrebbero per un certo tempo senza garenzia
efficace perchè dovrebbero aspettare il beneplacito dei debi=
tori per agire sui loro beni. Sicchè, secondo noi il caso del=
l'esistenza di creditori che vogliano procedere all'espropia=
zione dei beni indivisi può riguardarsi compreso nell'i=
potesi generale prevista nell'ultimo capoverso dell'art° 681,
in cui è stabilito che l'autorità giudiziaria, ove gravi
ed urgenti circostanze lo richiedano può ordinare lo scio=
glimento della comunione anche prima del tempo con=
venuto tra le parti. Un'altra eccezione al principio
della libertà di chiedere la divisione è posta nell'art°
984. In esso pur essendosi detto che il diritto a domanda=
re la divisione non può essere tolto o menomato dalle
disposizioni testamentarie, si fa un'eccezione quando tra
i varî coeredi vi siano uno o più minori d'età; nel qual
caso il testatore ha diritto di proibire la divisione fino
a che non sia passato un anno dal raggiungimento
della maggiore età dell'ultimo dei minori. La legge ha
fatto ciò per ragioni d'ordine pratico. Infatti nella divi=
sione, ove vi siano minori, c'è bisogno d'osservare certe
formalità, c'è bisogno d'avere certe autorizzazioni spe=
ciali, ed è perciò che la legge concesse al testatore il di=
ritto d'impedire la divisione fino a che non sia arri=
vato alla maggiore età l'ultimo coerede, anzi finchè

non sia scorso un anno dalla maggiore età. Il termine di un anno è per dar tempo al minore di provvedere ai fatti suoi, e di riflettere se gli convenga o no la divisione. Non ostante però questa proibizione, se vi siano circostanze gravi ed urgenti, ciascuno dei coeredi può domandare al Tribunale la dispensa del divieto del testatore, e quindi si può passare alla divisione, nonostante il divieto. Il diritto a domandare la divisione in questi due casi accennati è semplicemente sospeso, ma non è perduto. Ci sono poi dei casi in cui il diritto a domandare la divisione è perduto assolutamente. Anzitutto abbiamo il caso in cui la divisione sia già avvenuta in un modo qualsiasi. Basta provare che la divisione è stata fatta ancorchè materialmente la comunione sia continuata perchè non ci sia più diritto a fare la divisione.

Un altro caso più importante è quello in cui i vari coeredi o alcuno di essi abbiano avuto il godimento separato dei beni ereditari. Si domanda: il semplice fatto del godimento separato costituisce ostacolo a chiedere la divisione? Gli antichi interpetri del D. Romano ritennero che bastasse il godimento separato dei beni ereditari protratto per dieci anni, perchè questo fatto facesse presumere avvenuta la divisione. Il nostro codice invece seguendo l'opinione del Pothier ha rigettato la presunzione; non basta il semplice fatto del godimento separato dei beni, perchè questo non implica divisione riguardo al diritto di proprietà, è una divisione che riguar-

da il solo godimento, e l'amministrazione; sicchè non può ostacolare il diritto alla divisione, che concerne la stessa proprietà di beni. Ma se questo godimento separato si ebbe da uno o da alcuni dei coeredi, in modo da costituire un possesso efficace ad indurre la prescrizione, allora, dice la legge, questo godimento separato importando usucapione impedisce il diritto di domandare la divisione (art° 935). Che vuol dire questa frase: possesso sufficiente ad indurre la prescrizione? Deve esserci un possesso il quale può fare ritenere che ci sia stata la prescrizione, cioè un possesso legittimo, ed un possesso protratto per un certo tempo, per trenta anni. Il possesso deve essere legittimo. Non qualsiasi possesso o godimento separato dei beni ereditarî, può importare prescrizione. Se così fosse, l'ultima parte dell'articolo distruggerebbe la parte precedente. Quando alcuno dei coeredi gode separatamente alcuni o tutti i beni ereditarî, questo godimento separato che pur costituisce possesso, non è sempre possesso legittimo. Perchè? Perchè manca un requisito del possesso legittimo cioè non equivocità. Il possesso anche separato di un comunista di tutti i beni ereditarî, ancorchè sia possesso pacifico, pubblico, continuo, non interrotto, coll'animo di tenere la cosa come propria, pure è possesso equivoco per la qualità stessa di colui che possiede. Chi possiede è comproprietario appunto per questa qualità i suoi atti sono equivoci, cioè si prestano a dubbia interpetrazione; gli atti di possesso che compie si possono interpetrare come com-

piuti animo rem sibi habendi e si possono interpetrare come atti compiuti non solo nell'interesse proprio, ma nell'interesse di tutti gli altri comunisti. Qui c'è il vizio che si dice equivocità. Per aversi un possesso sufficiente ad indurre alla prescrizione si richiede perciò un possesso tale che non sia equivoco. In che modo può essere eliminata la equivocità? Ricordo che vi sono stati alcuni autori i quali hanno sostenuto che per aversi il possesso sufficiente a indurre la prescrizione, il comunista debba avere fatto atti di opposizione formale agli altri comunisti, agli altri coeredi, cioè che il coerede, in altre parole, abbia compiuto degli atti d'interversio possessionis. Se questi atti non li abbia compiuti, si reputa sempre possessore equivoco. Quest'opinione però è stata giustamente rigettata dalla maggioranza della dottrina e della giurisprudenza, perchè si basava sulla confusione tra possesso equivoco e possesso precario. Altro è possesso equivoco, altro è possesso precario. Possessore precario è colui che possiede in forza di un titolo, il quale implica riconoscimento del diritto altrui, e quindi possesso in nome altrui; invece il possesso equivoco può essere possesso in nome proprio, può essere possesso di persona la quale non riconosce diritto di nessuno, soltanto gli atti di possesso o per loro natura o per la qualità di chi li compie fanno sorgere il dubbio intorno all'animus possidendi. Ora l'interversio possessionis è necessaria per eliminare il titolo che importa precarietà; invece quando si tratta di possesso equivoco

non occorre punto la interversio possessionis perchè non si tratta di distruggere il vizio di precarietà; ma basta qualsiasi fatto, qualsiasi circostanza la quale venga a togliere il dubbio che prima esisteva. Quindi distinguendo esattamente il possesso precario dal possesso equivoco, dobbiamo dire che se il coerede che ha il godimento separato dei beni ereditarî abbia fatto atti tali da escludere il dubbio che siano compiuti nell'interesse degli altri comunisti, si deve ritenere che abbia posseduto legittimamente. Questa prova può farsi con qualsiasi mezzo, non c'è un mezzo tassativo prescritto dalla legge. In secondo luogo è necessario che sia un possesso trentennale. Si è domandato, perchè non potrebb'essere decennale, ove ci fosse la buona fede? Tizio possiede i beni ereditarî da solo, tutti lui, perchè non sa che ci siano altri coeredi. Non sapendo dell'esistenza degli altri coeredi, può invocare la prescrizione decennale? Mettiamo che dopo dieci anni si facciano conoscere gli altri coeredi, i quali domandano la divisione. Può quegli che ha posseduto per sè solo i beni ereditarî in modo non equivoco, invocare la buona fede, in quanto ignorava che altri coeredi esistessero, e quindi la prescrizione decennale? Non può, perchè bisogna sempre ricordarsi del concetto tecnico di possesso di buona fede. Per possesso di buona fede non s'intende possesso colla semplice credenza di avere diritto a possedere; no, non basta questa semplice credenza subiettiva, ma questa dev'essere fondata su elementi obiettivi, su un tito-

lo abile a trasferire la proprietà di cui s'ignorano i vizî. Ora quando alcuno è erede e possiede i beni ereditarî non sapendo di altri coeredi, non ha alcun titolo reale in suo favore su cui poggiare la sua credenza, quindi deve possedere per forza trent'anni se vuol usucapire. Sicchè solo dopo scorsi i trent'anni di possesso separato e non equivoco compie l'usucapione (1) Compiuta l'usucapione, il diritto di divisione negli altri s'estingue. Ma se non vi sia usucapione nè vi sia divisione, l'azione a domandare la divisione è un'azione imprescrittibile, appunto perchè non è altro che la manifestazione del diritto di comproprietà. Non basta che siano scorsi 30, 40, 100 anni dal giorno in cui è aperta la successione, perchè si possa dire perduto il diritto di domandare la divisione, se non c'è l'usucapione da parte di altri; il semplice fatto di non avere esercitato il diritto di domandare la divisione, non ne importa l'estinzione; questo è un diritto che si dice facoltà e che non si estingue se non quando si estingue il diritto stesso di comproprietà, a cui esso è inerente.

Quale capacità ci vuole per fare la divisione? La divisione, come vedremo a suo tempo, non è atto traslativo di proprietà, è un atto dichiarativo; ma ciò non significa che si possa equiparare ad un atto di semplice amministrazione. Anche essendo atto dichiarativo, in

(1) L'usucapione decennale può esservi in favore del terzo che abbia acquistato un fondo comune come se fosse stato esclusivo dell'alienante.

porta disposizione; perchè colla divisione può toccare una cosa piuttosto che un'altra, una cosa di pregio piuttosto che una cosa di poca entità; ed è perciò che la legge stessa richiede per la divisione in diversi punti la stessa capacità necessaria per gli atti di disposizione. Quindi se v'è un minore sottoposto alla patria potestà, occorre la rappresentanza del padre con l'autorizzazione del Tribunale (arg. art° 224); se v'è un minore sottoposto a tutela, oltre la rappresentanza del tutore ci vuole l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale (art° 296 e 301); se v'è interdetto, occorre lo stesso che per il minore sotto tutela; se è minore emancipato, occorre oltre l'assistenza del curatore l'autorizzazione del consiglio di famiglia e questa dev'essere omologata dal tribunale (art° 319); se v'è un inabilitato bisogna l'assistenza del curatore (art° 339). La legge vuole per la divisione la stessa capacità che richiede per gli atti eccedenti la semplice amministrazione.

Passiamo ora a vedere le varie specie di divisione. La divisione si distingue in varie specie, di cui non tutte sono importanti. Anzitutto si distingue una divisione provvisoria da una definitiva. La provvisoria non ha importanza, è atto d'amministrazione e consiste nell'assegnare a ciascuno dei varî coeredi il godimento di una parte di beni, ma dura ancora lo stato di comunione della proprietà, la proprietà è indivisa, e solo per facilitare l'amministrazione dei beni se ne assegna

a ciascuno una parte in godimento. Questa non è vera divisione, è atto d'amministrazione. La vera divisione è definitiva, ed essa può essere parziale o totale, secondo che riguarda alcuni oggetti caduti in comunione o pure tutti gli oggetti. Per divisione parziale perciò non bisogna intendere quella che abbia luogo solo tra alcuni coeredi; perchè se la divisione si fa solo tra alcuni dei varii coeredi, essa è nulla. Perchè è nulla? Perchè se i beni sono divisi tra alcuni dei coeredi e c'è un altro che vi ha il diritto di comproprietà, questo diritto non s'estingue, e quindi chi l'ha può sempre fare annullare la divisione eseguita senza di lui.

Altra distinzione più importante è quella di divisione amichevole e giudiziaria. La divisione amichevole è quella che si fa d'accordo tra i coeredi. La legge lascia piena libertà alle parti di convenire come vogliono la ripartizione dei beni ereditari, lascia ampia libertà di conchiudere il contratto in una forma piuttosto che in un'altra. Ancorchè la divisione abbia per oggetto beni immobili, non è sottoposta alla forma solenne dell'atto scritto; si può fare la divisione di beni immobili verbalmente. Certo, in questo caso, si capisce che fatta la divisione, ci sarà la difficoltà di provarla, perchè sappiamo che la prova testimoniale non può ammettersi per gli atti che eccedono il valore di £ 500. Però la divisione di immobili, del valore sia pure di un milione, anche se fatta verbalmente ha sempre esistenza giuridica e piena validità, appunto perchè non è atto traslativo, nè uno di quegli atti indicati nell'art. 1314, pei quali si richiede l'atto

scritto.

Più importante è studiare le regole speciali che la legge stabilisce per la divisione giudiziaria. Come si fa la divisione giudiziale? Quando i varî coeredi non sono d'accordo, in quanto alcuni vogliono dividere, altri no, oppure tutti vogliono dividere, ma non si accordano sulle modalità, si ricorre al magistrato. Il magistrato competente per territorio è quello del luogo in cui s'è aperta la successione (artº 94 cod. proc. civ.); in quanto al valore valgono le regole comuni, cioè fino a £ 1500 è competente il pretore, al di là è competente il tribunale (artº 883 proc. civ.). L'azione di divisione non si deve confondere con l'actio communi dividundo. La differenza è spiccata nel Diritto romano; ma esiste anche oggi. Se si ha lo scopo di dividere un solo bene comune, allora si seguono le regole comuni intorno alla competenza, ossia è competente il magistrato del luogo in cui il bene si trova. Invece se si tratta di dividere tutta la eredità allora si ha l'actio familiae erciscundae, e si deve adire il magistrato del luogo dell'aperta successione, ancorchè in quel luogo non si trovino i beni. Tranne questa, la legge non fa altra differenza. Il magistrato, trovato fondato il diritto dell'attore che vuole la divisione, emana la sentenza, con cui prescrive il modo e le forme con cui la divisione deve avvenire e delega il giudice o il notaio innanzi a cui si debbono fare le varie operazioni di divisione. Anzitutto vi è la stima dei beni. I beni ereditarî debbono stimarsi, ossia per potersi fare la divisione si deve calcolare il loro valore. Il codice non dice con qual criterio si deve fare la stima, se avuto riguardo al valore, al tempo della successione, oppure

il valore al tempo della divisione. Più giusto è che deve tenersi conto del valore al tempo della divisione, tutti gli aumenti o le diminuzioni avvenute medio tempore, vanno a vantaggio o a carico dei comproprietari, dei coeredi, dei comunisti. Ciò risulta indirettamente dall'art° del codice che riguarda l'azione di rescissione (art° 1041).

Dopo fatta la stima si deve passare alla vendita dei beni. Però quest'operazione non è sempre necessaria; è necessario solo in alcuni casi. È necessaria per i beni mobili: 1°) quando alcuni dei creditori si oppongano alla divisione in natura, o li abbiano sequestrati; e 2°) quando la maggior parte dei coeredi ritiene necessaria la vendita di questi beni allo scopo di pagare i debiti ereditari. In questi casi si deve procedere alla vendita dei beni mobili (art° 987). Si deve procedere anche alla vendita di beni immobili solo quando non siano comodamente divisibili o la loro divisione importerebbe un frazionamento tale da danneggiare tutti i coeredi (art° 988)

Tanto nel caso di beni mobili che nel caso di beni immobili la vendita deve farsi per incanto giudiziale innanzi il tribunale. Anche se la procedura della divisione si esplica innanzi al pretore, ed innanzi al pretore si manifesta la necessità di vendere i beni immobili il pretore deve mandare le parti innanzi il tribunale. Ove però le parti siano di età maggiore e vi consentano, gl'incanti possono seguire anche innanzi un notaio eletto di comune accordo e anche tra i soli condividenti (art° 988). Quando è fatta la stima e la vendita

se è necessaria, allora le parti debbono presentarsi innanzi al giudice delegato ed al notaio per procedere alle ulteriori operazioni. Il codice di procedura civile descrive la forma dell'atto d'avviso. Che cosa si deve fare dinanzi il notaio? Bisogna fare i conti di ciò che ogni erede deve agli altri, fare la collazione sia delle donazioni che dei debiti e se il conferimento delle donazioni è fatto per imputazione si procede al prelevamento d'un'eguale quantità di beni in vantaggio di coloro che niente ebbero in donazione (art. 990 a 992). Ciò che resta dopo questo prelevamento viene ad essere diviso. Fatte queste operazioni di rendimento di conti, di collazione, di prelevamento, si passa alla ripartizione della massa ereditaria e quindi alla cosidetta formazione dei lotti. Come si debbono formare questi lotti? La legge si dà il criterio. I lotti debbono formarsi in modo tale che ciascuno d'essi contenga un'eguale quantità d'immobili, di mobili, di crediti e per quanto è possibile anche della stessa natura e dello stesso valore. Questa disposizione logica che per se stessa è giusta e conforme ai principî di equità, pure può produrre grandi inconvenienti. Infatti specialmente quando si tratta di piccola eredità il dover fare tanti lotti quanti sono i coeredi ed in ciascuno di questi lotti il dover mettere tanti beni immobili, mobili e crediti, importa il grave inconveniente del frazionamento o polverizzamento delle proprietà. Se nell'eredità vi è un immobile il quale conservato ad una sola persona, avrebbe potuto fruttare grandemente, in

quanto così avrebbe potuto servire per una data coltura, per un'industria, ecc; questo bene diviso e suddiviso in tante piccole parti tra i varî lotti, non servirà più allo scopo primitivo e viene a perdere gran parte o tutta la sua importanza. È perciò che in Germania specialmente non si è seguito questo sistema perchè contrario agli interessi della popolazione agricola, contrario agl'interessi dei poveri, e si è introdotto un altro sistema che tende ad evitare questo polverizzamento, cioè l'istituto dei beni di famiglia. Quando si tratta di beni di contadini destinati ad un dato uso agricolo, o di beni destinati ad un dato uso industriale, questi beni non debbono dividersi in tante parti quanti sono gli eredi, ma debbono assegnarsi solo al coerede il quale abbia la possibilità di continuare in quell'industria agricola e gli altri invece debbono avere un compenso in denaro. Anche l'Austria e la Spagna hanno seguito questo sistema Ecco l'istituto dei beni di famiglia che in Italia non è stato attuato, ma che sarebbe desiderabile si attuasse per non produrre lo sminuzzamento dei fondi. Questa regola che la legge dà di mettere nei varî lotti un'eguale quantità di beni mobili, immobili ed i crediti si deve applicare nei limiti del possibile, quando non è possibile dare un'eguale quantità di beni chi riceve di più dà un compenso in denaro agli altri. Formati i lotti sia con l'eguaglianza in natura dei beni, sia col compenso (rifacimento o conguaglio), si fa il processo verbale di tutte quest'operazioni, processo verbale che dev'essere omologato da sentenza di

tribunale (art° 893 proc. civ.) In questa sentenza di omolo-
gazione il tribunale dice il modo come si deve proce-
dere all'assegnazione di questi lotti, se cioè bisogna
seguire il sistema dell'estrazione per sorte o il siste-
ma di attribuzione. Il sistema dell'estrazione a sorte è
il sistema che si deve sempre tenere quando i vari coere-
di siano in parti eguali; ciascuno ha un lotto che con-
tiene beni in eguale quantità agli altri lotti. Quan-
do i coeredi siano in parti disuguali, allora la divi-
sione in tanti lotti quante sono le persone non
raggiunge lo scopo, e non potendosi formare dei lotti
eguali, qual'è il sistema da seguire in questo caso?
Gli autori francesi proposero vari sistemi. Bisogna
ridurre le varie frazioni rappresentanti le varie quo-
te al comune denominatore, e dividere l'eredità in
tanti lotti quanto è il numero che rappresenta il comu-
ne denominatore. Fatti questi lotti a ciascuno si dà un
dato numero di lotti per raggiungere la quota spet-
tantegli. Altri invece seguono altro sistema. Si dice,
bisogna calcolare quanto è la parte eccedente che
ha l'uno sugli altri e prelevare sulla massa eredi-
taria quest'eccedenza, ed il resto si divide. Il siste-
ma migliore è quello dell'attribuzione, cioè si debbo-
no fare tanti lotti disuguali quanti sono i coere-
di e attribuire i lotti così formati in corrisponden-
za delle quote. La legge nostra ha seguito il siste-
ma dell'attribuzione. Il magistrato in caso di coere-
di a parti disuguali decide se bisogna procedere

alla divisione per estrazione o per attribuzione (art 996). Quando il magistrato ha ordinato l'estrazione od attribuzione si ritorna un'altra volta dinanzi al notaio che procede all'estrazione o all'attribuzione e di ciò redige processo verbale che tien luogo di atto di divisione (art° 894 pr. civ.) La legge aggiunge che non tutte le cose si possono dividere come nel caso che vi siano documenti relativi all'eredità. Se i documenti si riferiscono ad un fondo singolo caduto in un solo lotto, si danno a colui a cui la cosa tocca. Se riguardano la proprietà ch'è stata suddivisa fra i varî coeredi, allora questi documenti bisogna darli a chi ha maggiore interesse nella proprietà divisa. I documenti comuni a tutta l'eredità si consegnano ad una determinata persona scelta da tutti gli eredi, o in caso di disaccordo dall'autorità giudiziaria (art° 999). Colui che è stato così designato ha l'obbligo di comunicare i documenti alle parti ogni qualvolta li richiedano.

Finalmente per completare quest'argomento dobbiamo dire brevemente due parole intorno ai diritti che hanno i creditori e dei cessionarî dei varii coeredi, rispetto alla divisione (articolo 680). La legge fa l'ipotesi non solo che vi siano creditori dei varii comunisti, ma anche che qualcuno di essi abbia un cessionario. Ogni comunista, ogni comproprietario può prima della divisione cedere la sua quota di comproprietà in modo da sostituire un'altra persona a se stesso, nel diritto. Ora la legge stima che

sia grande l'interesse tanto del cessionario quanto del creditore di vigilare le operazioni della divisione, perchè se un coerede venisse ad avere un lotto di valore inferiore agli altri, i cessionarî e i creditori di questo coerede verrebbero a risentirne danno. I cessionarii e i creditori quindi hanno diritto di vigilare alla formazione dei lotti per non essere defraudati, ed è perciò che la legge accorda loro tre facoltà: il diritto d'intervenire nelle operazioni, per vedere se si proceda giustamente e questo diritto d'intervento si ha tanto nelle divisioni giudiziarie, che nelle amichevoli. Inoltre hanno il diritto di fare opposizione formale ai coeredi, che consiste in un atto di diffida per mezzo d'usciere, qualora i coeredi procedono alla divisione senza loro intervento e senza avviso. Se ciò si verifica dopo l'opposizione la divisione potrà essere impugnata. Terzo diritto: ove la divisione sia stata effettuata anche col loro intervento o anche senza atto di opposizione, i creditori hanno il diritto d'impugnare la divisione avvenuta in frode alle loro ragioni, mediante l'azione Pauliana. A proposito dell'esercizio di quest'azione si domanda: che cosa debbono provare i creditori? basta che provino la frode nel debitore o pure è necessario che provino anche la partecipazione nella frode da parte degli altri coeredi? È vero che la divisione non è vendita, non è permuta, ma è sempre atto da cui i varii partecipanti non ricavano alcun vantaggio a

titolo lucrativo. La divisione è un atto a titolo oneroso in senso negativo e quindi per esercitare l'azione Pauliana bisogna provare la frode nel debitore e in tutti gli altri coeredi.

Lezione XXXIII^a

Sommario

L'indole dichiarativa della divisione_ Effetti dell'in=dole dichiarativa_ Se abbiano indole dichiarativa anche gli atti che tengono luogo della divisione vera e propria. Requisiti perché tali atti abbiano natura dichiarativa

Nel Diritto romano la divisione era un atto traslativo di proprietà, era considerata quasi una permuta o una vendita, perché infatti ciascuno dei contraenti rinunzia al suo diritto di comproprietà su tutti i beni per acquistare un diritto esclusivo su alcuni beni: onde col=la divisione muta il diritto, e muta l'oggetto del di=ritto; il diritto di comproprietà si muta in diritto di proprietà esclusiva: all'oggetto "beni comuni" sottentra un altro "alcuni di quei beni".-

Da questo concetto parecchi inconvenienti derivano. Met=tiamo che durante la comunione uno dei coeredi o dei comproprietari, avesse concesso ipoteca su un bene qual=siasi; ancorché questo bene poi non fosse entrato nel lotto del debitore che aveva dato ipoteca, la conseguen=za era che, siccome "res transit cum onere suo" la persona a cui era attribuito il fondo ipotecato doveva sopportare l'ipoteca.

Nel medio evo si seguí il diritto comune. Fu solo in Francia che i giuristi si ribellarono al principio romano in parecchie circostanze e senza fare una teo=

ria generale. A proposito della ipoteca, si ritenne che quando avviene la divisione della cosa comune, l'ipoteca imposta da uno dei comproprietari non dovesse gravare sul fondo toccato a quello dei condividenti che non aveva dato l'ipoteca. Si manifestò la necessità di ribellarsi al principio romano anche rispetto al pagamento del relevio. Il signore che aveva conceduto un feudo, ad ogni passaggio di proprietà aveva diritto al relevio, e questo avveniva anche in occasione della divisione. Allora i giuristi per esonerare dal pagare il diritto di relevio ammisero che la divisione dovesse essere considerata per questo effetto come atto dichiarativo, non già traslativo. Ancora quando si compie un atto traslativo si paga una tassa al Fisco. Per evitare questa tassa di passaggio si ritenne la divisione dichiarativa e non attributiva di proprietà. Insomma si cercò in diverse occasioni di evitare le conseguenze dannose che derivano dall'indole attributiva della divisione. I giuristi francesi così ritennero che la divisione dovesse considerarsi dichiarativa senza esprimere però questo concetto in termini generali. In base a questa evoluzione storica il codice Napoleonico ed il nostro dichiarano che la divisione ha efficacia retroattiva, cioè, avvenuta la divisione, ciascuno dei condividenti si reputa essere stato solo ed esclusivo proprietario dei beni toccati in sorte, come se mai lo stato di comunione non vi fosse stato (artº. 1034). Cosicchè mentre in realtà c'è stato un periodo di tempo in cui ogni coerede o ogni partecipante alla comunione ha avuto diritto su tutti i beni comuni e su qualsiasi parte avvenuta la divisione si reputa che questo periodo intermedio non vi sia mai stato e

che quindi ciascuno dei condividenti sia stato sempre, fin dal tempo della morte del defunto, o dall'origine della comunione unico ed esclusivo proprietario dei beni toccatigli in sorte. Però alcuni autori pur riconoscendo che l'art.º 1034 attribuisce alla divisione efficacia retroattiva non importa già la natura dichiarativa della divisione. Guardando la cosa in se stessa, la divisione, dicono costoro, importa un mutamento nello stato della proprietà, chi era comproprietario di tutte le cose, diventa proprietario esclusivo di alcune cose. Ora questo mutamento non può considerarsi come una semplice dichiarazione di seno stato primordiale, perchè lo stato susseguente alla divisione è uno stato diverso da quello anteriore. Volere o no, nella divisione c'è sempre trasferimento di proprietà, e se la legge ha dichiarato che la divisione è retroattiva, ciò ha fatto solo per certi determinati effetti, solo per lo scopo di non fare gravare l'ipoteca sui fondi che non sono toccati a quel condividente che non la concesse; ma per tutti gli altri effetti la divisione deve reputarsi attributiva di proprietà. Quindi per ciò che riguarda la forma dell'atto di divisione, per ciò che riguarda la trascrizione, ecc la divisione deve equipararsi ad un atto traslativo. Questa opinione è erronea perchè restringe arbitrariamente la disposizione della legge. Dal momento che questa riconosce alla divisione efficacia retroattiva, senza limitare i casi in cui questa efficacia retroattiva debba verificarsi, la conseguenza logica è che l'atto di divisione producendo efficacia retroattiva non può non avere indole dichiarativa. Dal momento che ciascuno dei eredi deve reputarsi dopo la divisione essere stato l'immediato successo

re del defunto, dal momento che ogni condividente deve reputarsi essere stato sempre l'unico ed esclusivo proprietario dei beni toccatigli, è evidente che il titolo acquisitivo dei beni toccati a questi condividenti non è la divisione, ma il testamento o la successione legittima o, in genere, il fatto giuridico da cui nacque la comunione. Quindi se il titolo che può vantare il condividente per tutelare la sua proprietà, non è la divisione, ma è la successione o il testamento, bisogna convenire che la divisione ha natura dichiarativa. Ma, incalzano gli avversari, che la divisione abbia natura dichiarativa per tutti gli effetti, è contraddetto da alcuni articoli del codice. Vi è un articolo che concede a ciascuno dei condividenti l'azione di garenzia per evizione, quando la cosa toccata in sorte sia evitta da un terzo proprietario (art° 1035). Si trova ancora un altro diritto concesso a ciascuno dei condividenti, cioè il diritto di prendere ipoteca legale sui beni degli altri condividenti per garentire il diritto al rifacimento di conguaglio, cioè al compenso in denaro che gli spetta in cambio della maggior quantità di beni in natura toccata ad un altro (art° 1969 n. 2). Se dunque, dicono quegli autori, dalla divisione nascono tali effetti, questi ci rendono chiaro come la divisione sia un atto traslativo. Infatti l'azione di garenzia per evizione la troviamo nella vendita, la troviamo in tutti gli atti traslativi. L'ipoteca legale in favore dei condividenti somiglia all'ipoteca legale in favore dell'alienante. Se nella divisione s'avverano effetti identici

a quelli che si hanno per gli atti di alienazione, vuol dire che la divisione è atto traslativo. Invece noi osserviamo che questi argomenti svaniscono, qualora si faccia una semplice riflessione. La garenzia per evizione, l'ipoteca legale in favore dell'alienante non sono effetti proprî dell'atto traslativo, ma sono effetti dell'atto oneroso. Volete vedere che non sono effetti dell'atto traslativo? Ecco un esempio: la donazione è senza dubbio atto traslativo. Ebbene dalla donazione derivano forse gli effetti dell'azione di garenzia per evizione e dell'ipoteca legale in favore dell'alienante? No. Invece dove troviamo questi diritti della garenzia per evizione e dell'ipoteca legale? Li troviamo solo in quegli atti traslativi che nel tempo stesso hanno la natura di atti onerosi, li troviamo nella vendita, nella permuta e li troviamo perfino nella stessa donazione, quando questa sia fatta sub modo, perchè in questo caso la donazione acquista per parte indole onerosa. Quindi questi effetti derivano non già dalla natura traslativa dell'atto, ma dall'onerosità dell'atto stesso. Perchè? Perché nell'atto oneroso tra i due contraenti dev'esserci eguaglianza d'interessi, dimodochè uno non s'avvantaggi a scapito dell'altro. Ora per mantenere quest'equilibrio d'interessi tra le parti; la legge provvede in due modi, con l'azione di garenzia per evizione e coll'ipoteca in favore dell'alienante. L'azione di garenzia per evizione provvede al caso in cui l'equilibrio tra gl'interessi dei varî contraenti verrebbe a cessare, ove uno dei contraenti avesse pagato all'altro il cor-

rispettivo, e fosse obbligato a perdere la cosa avuta, per l'azione di rivendicazione da parte di un terzo. Ristabilisce l'equilibrio perchè chi è stato evitto può rivolgersi contro il contraente per ricevere il prezzo i danni e gl'interessi. L'ipoteca legale in favore dell'alienante ha lo scopo di mantenere l'equilibrio tra le parti contraenti, in quanto se un contraente cede la cosa senza ricevere il corrispettivo lì per lì; l'ipoteca legale è garenzia sicura che il corrispettivo sarà pagato in avvenire.

Ecco come i due effetti della garenzia per evizione e dell'ipoteca legale in favore dell'alienante sono effetti della natura onerosa dell'atto, non già della natura traslativa. Ora la divisione è senza dubbio un atto a titolo oneroso, in quanto per essa ciascuno dei vari condividenti deve ricevere una parte materiale di beni in corrispondenza della propria quota ideale, e nessuno può arricchirsi a danno dell'altro. Ciò stante ragioni logiche e giuridiche volevano che si applicassero alla divisione gli stessi principii che valgono per tutti gli atti onerosi, e quindi vi fosse l'azione di garenzia per evizione, e l'ipoteca legale in favore del condividente.

Dal fatto che la divisione produce quest'effetti, non può dunque ridursi ch'esso sia atto traslativo, piuttosto che dichiarativo. Del resto è inutile perdersi a combattere quest'opinione seguita da pochi, perchè non c'è dubbio che per tutti gli effetti la divisione sia atto avente natura dichiarativa. Poco importa dire: è una finzione di legge la retroattività della divisione, per=

chè non si può distruggere ciò ch'è avvenuto. Anzitut=
to che la finzione sia la base della legge può affer=
marsi e può anche negarsi. Infatti mentre alcuni au=
tori spiegano la retroattività col concetto della finzione,
molti altri spiegano la retroattività della divisione nel
senso ch'essa viene a concretare soltanto un diritto astrat=
to preesistente, a far verificare la condizione a cui è
sottoposto il diritto di proprietà durante lo stato di co=
munione. Ma anche a volere ammettere che la retroatti=
vità della divisione sia una finzione, bisogna rispet=
tare la legge com'è, ed ammettere l'efficacia di que=
sta finzione negli stessi limiti in cui la legge l'ha
voluto. Se la legge ha posto la retroattività della divi=
sione senza limitarla al solo caso dell'ipoteca o del pa=
gamento della tassa di registro, ma dicendo in genera=
le che ciascun condividente si reputa essere stato il
solo, unico ed esclusivo proprietario dei beni toccatigli
in sorte, è evidente che le parole della legge hanno
efficacia generale; per tutti gli effetti la divisione de=
ve considerarsi come atto dichiarativo. Da ciò derivano
importanti conseguenze. La prima riguarda la trasmissio=
ne dei diritti imposti da un condividente: se un con=
dividente ha concesso ipoteca su uno dei beni comu=
ni, qualora questo bene non capiti al concedente del=
l'ipoteca, questa è nulla. Se un comunista prima del=
la divisione ha venduto un bene comune e questo be=
ne non entra nella sua quota, l'alienazione è nul=
la. Se il bene ipotecato o alienato tocca per metà, per

2/3, per 1/4 allo alienante o all'ipotecante, la ipoteca e la a=
lienazione saranno valide per quella parte che tocca a co=
storo. Durante la comunione, ciascun comproprietario può
cedere la sua quota ideale, astratta. Ma tale cessione ha ef=
ficacia solo sui beni che vengono a cadere nella quota di lui.
Così se uno dei eredi durante il periodo della comunione
vuole concedere una ipoteca efficace al suo creditore, non de=
ve concedere l'ipoteca su questo o quello immobile ma deve
concederla su tutti i beni ereditari, perchè egli durante la co=
munione ha diritto su tutti i beni ereditarii. Così, quando
l'ipoteca è stata presa su tutti i beni ereditarii, il creditore ha
un'efficace garenzia, perchè se anche di questi beni una
particella minima cada nel lotto del debitore per questa
parte l'ipoteca sarà efficace. Ma se il creditore è così in=
genuo da lasciarsi ingannare da false promesse del debi=
tore il quale assicura che un determinato bene cadrà si=
curamente nella sua quota, ed iscrive ipoteca solo su quel
determinato bene, si potrà trovare facilmente frustato nelle
aspettative, perchè quel bene potrà toccare ad altro comuni=
sta e quindi i suoi diritti svaniranno. Altro effetto della na=
tura dichiarativa della divisione si rileva rispetto alla capa=
cità. Abbiamo detto nella passata lezione che la divisione,
sebbene non sia atto traslativo, pure richiede la capacità
occorrente per gli atti eccedenti la semplice amministra=
zione. Quindi nessuna quistione si presenta rispetto al mi=
nore, all'interdetto, all'inabilitato. Invece la questione si
presenta rispetto alla donna maritata. La donna marita=
ta può compiere atti di divisione? Se la divisione è atto

traslativo ed in comunione si trovano dei beni immobili, la donna maritata non potrebbe compiere questa divisione senza autorizzazione del marito, perchè non può alienare beni immobili (art° 134). Invece, posto che sia atto dichiarativo, ancorchè nella divisione entrino dei beni immobili, la donna maritata può compierla senz'autorizzazione.

Terza conseguenza: ammesso che la divisione abbia natura dichiarativa, non è necessaria alcuna forma per compierla; la forma solenne, l'atto scritto è richiesto per gli atti traslativi di cose immobili, non per gli atti dichiarativi.

Quarta conseguenza: ammesso che la divisione abbia natura dichiarativa, essa ancorchè fatta per atto scritto non dev'essere sottoposta a trascrizione, perchè la trascrizione concerne solo gli atti traslativi di proprietà.

Ma ora ci si presenta un'altra questione più importante e forse più difficile a risolvere. È vero, dicono gli autori, quando si tratta di divisione vera e propria, essa è senza dubbio dichiarativa; cioè quando la divisione è compiuta secondo le regole poste dalla legge, in modo che i varî condividenti abbiano ciascuno una eguale quantità di beni immobili, mobili e di crediti, essa è senza dubbio dichiarativa, perchè si viene a concretizzare un diritto preesistente sui beni ereditarî. Ma la questione muta aspetto, qualora invece di farsi la divisione vera e propria, nel senso tecnico, secondo le regole del codice, in modo che tutti i lotti siano in proporzione alla quota astratta di

ciascun condividendo, si procede in un altro modo col dare un compenso ad un condividendo invece di beni in natura. In questo caso la divisione presenta un altro carattere, quello di vendita. Può verificarsi anche il caso che avvenga permuta di beni tra i varî condividenti, come può darsi che la divisione si operi sotto forma di transazione, quando c'è il dubbio se ad un condividente spetti più o meno. In questi casi, si domanda, in essi non c'è vera e propria divisione, ma c'è un atto che tien luogo di divisione, inquantochè produce l'effetto di sciogliere la comunione, tale atto si deve considerare che abbia natura dichiarativa, come se si trattasse di divisione vera e propria, oppure no? Ora, in base al codice crediamo che anche gli atti che non possono qualificarsi vera divisione, ma hanno lo stesso scopo, e ne tengono luogo, abbiano la stessa natura della divisione. cioè siano atti dichiarativi, ancorchè si presentino con i caratteri di vendita, di permuta, di cessione, di transazione. Quali sono gli argomenti che stanno in nostro favore? Innanzitutto c'è l'art° 1039, nel quale si accorda un'azione speciale la quale è negata per i contratti in generale. Sapete che i contratti onerosi in generale non si possono rescindere per lesione. La lesione avviene quando un contraente abbia molto più di quello che non dia all'altro. Ora la lesione dal nostro codice non è ammessa che in due casi tassativi, nel caso di vendita d'immobili quando ci sia lesione ultra dimidium e nel caso di divisione quando

ci sia lesione oltre il quarto. Nell' art° 1039, in cui si parla dell'azione di rescissione rispetto alla divisione, si dice che quest'azione speciale compete non solo quando ci sia la divisione vera e propria, ma anche quando la divisione venga eseguita sotto forma di vendita, permuta, transazione o altrimenti. Ora in base a questo articolo noi crediamo che siano da equiparare alla divisione tutti gli altri atti i quali abbiano lo stesso scopo, perché se l'azione di rescissione per lesione oltre il quarto è una caratteristica della divisione, e questa caratteristica è estesa anche agli atti che come la vendita, la permuta, la transazione per se stessi non possono produrre quest'effetto, è evidente che la legge non ha voluto tener conto dei diversi mezzi con cui la divisione si attua, ma ha voluto tener conto soltanto dello scopo e dell'intenzione. Dalla parificazione di effetti possiamo argomentare la parificazione della natura degli atti. Se la vendita, la permuta, la transazione pel solo fatto che hanno lo scopo della cessazione della comunione, producono effetti che altrimenti non potrebbero produrre per loro natura, è evidente che la legge ha voluto considerare questi atti come vere e proprie divisioni. Ma si obbietta in contrario che la legge li ha voluto equiparare alla divisione solo per questo effetto speciale; e fino ad un certo punto l'obbiezione sarebbe grave se questa fosse l'unico argomento. Ma ce n'è sono altri, e questi sono tratti dagli art° 1034 e 1932 C.C. Nell' art° 1034 si dice che l'effetto retroat=

tivo non è solo della divisione vera e propria, ma anche della divisione che abbia luogo colla forma di vendita per incanti tra i coeredi. Ora la vendita per incanti è qualche cosa di diverso dalla divisione vera e propria; la divisione vera e propria importa distribuzione proporzionale dei beni in natura, invece la vendita per incanti porta all'effetto contrario, in quanto l'aggiudicatario prende tutto l'immobile e dà agli altri il prezzo. Eppure in quest'articolo è equiparata per tutti gli effetti alla divisione vera e propria la vendita per incanti. L'art° 1932 riproduce lo stesso concetto. Le sentenze di aggiudicazione per incanti tra condividenti non sono sottoposte a trascrizione, mentre vi sono sottoposte le sentenze d'aggiudicazione in generale, e ciò perchè la legge ha equiparato le sentenze d'aggiudicazione per incanti tra i condividenti alla vera e propria divisione. Ora se la legge in questi due articoli equipara la vendita per incanti alla vera e propria divisione è perchè ha tenuto conto dello scopo che si propone questa vendita, ha tenuto conto dell'intenzione dei contraenti. Se in questo caso la legge ha tenuto conto dell'intenzione dei contraenti, perchè non dobbiamo dire altrettanto se la vendita non abbia luogo per incanti ma per trattativa privata? Dunque se la legge equipara la vendita per incanti alla divisione vera e propria, vuol dire che parte dal principio da cui è partita nell'articolo relativo all'azione di rescisione per divisione, cioè che poco importa la forma, purchè lo scopo e l'inten-

zione dei contraenti siano quelli di produrre la divisione. Questi argomenti mi sembrano più che sufficienti. Però bisogna andare col piè di piombo nel fare l'equiparazione degli atti che hanno forma di vendita, permuta, transazione, con gli atti di vera e propria divisione; a tale scopo è necessario esigere tali requisiti da poterci autorizzare a dire che, sebbene gli atti appariscano come vendita, permuta, transazione, pure in sostanza si tratta di divisione. Quali sono questi requisiti? Anche su questi requisiti gli autori sono in contrasto fra di loro. Seguiremo l'opinione dominante. Innanzitutto è necessario che questi atti abbiano lo scopo di fare cessare la comunione, perchè il fatto che dà alla divisione un'impronta tutta propria è la cessazione della comunione; non si può concepire divisione, se la comunione non cessi. Occorre però che si abbia un atto che produca l'estinzione obbiettiva della comunione, perchè se abbiamo un atto che produce estinzione della comunione solo tra alcuni condividenti, è evidente che non c'è divisione. Mettiamo che vi siano tre comproprietari e che uno di questi coeredi cede all'altro la propria quota. Rispetto al cedente la comunione cessa, egli non ha più diritto di comproprietà, ma questo atto di cessione non può paragonarsi alla divisione perchè non ha prodotto l'effetto di far cessare obbiettivamente la comunione. L'art° 1039 quando parla dell'azione di rescissione dice ch'essa si ammette contro qualunque atto che abbia per oggetto di far cessa-

-re tra i coeredi la comunione dei beni ereditari, in mo=
-do tale che si vede chiaro che qui la legge parla di ces=
-sazione di comunione obbiettiva.

2°) Ciò non basta; bisogna inoltre che l'atto abbia la stes=
-sa natura della divisione, sia cioè atto a titolo oneroso.
La divisione è sempre un atto oneroso, qualunque for=
ma assuma, perchè se non avviene la distribuzione
dei beni in natura in proporzione alle quote, avvie=
ne il conguaglio, il rifacimento. Supponiamo il caso che
vi siano due coeredi e che uno doni la propria quota
all'altro. Questa donazione evidentemente fa cessare
la comunione perchè di due proprietari è rimasto un
solo. Si può dire che la donazione la quale ha pro=
dotto l'effetto di far cessare la comunione, sia atto
che possa equipararsi alla divisione per tutti gli effetti
di legge? Evidentemente no, perchè la donazione è at=
to a titolo gratuito, e manca quindi la caratteristica
della divisione di essere atto a titolo oneroso. Che la
divisione sia atto a titolo oneroso è indiscutibile, tan=
to è vero che la legge concede l'azione di garenzia
per evizione, concede l'azione di rescissione per lesio=
ne. Tutti questi effetti non possono nascere quando la
comunione cessa per effetto della donazione che fac=
cia un coerede ad un altro. In questo caso si avrà
cessazione di comunione, ma l'atto non sarà di divi=
sione sarà atto traslativo di proprietà, sottoposto a tut=
te le norme degli atti traslativi. 3°) Non basta che lo
atto sia oneroso, è necessario che soggetti dell'atto che

si qualifica vendita, permuta, transazione siano tutti i condividenti, tutti i comproprietari, tutti i coeredi. Cosicchè se alla formazione di quest'atto concorrono alcuni soltanto e non tutti, non si ha divisione per la stessa ragione per cui abbiamo detto che se la divisione si compie da alcuni soltanto, essa è nulla, inquantochè sulla cosa così divisa permane sempre immutato il diritto di comproprietà degli altri. Se uno cede la sua quota ad uno dei tre o dei quattro coeredi, questa cessione ancorchè fatta a titolo oneroso, mediante un corrispettivo, sarà un atto efficace in rapporto ai contraenti, ma non sarà divisione; sarà trasferimento di proprietà. Invece se tutti i condividenti concorrono all'atto, dimodochè per tutti cessi la comunione, allora soltanto l'atto di vendita, di permuta, di transazione avrà indole ed efficacia di divisione. A questo punto sorge una difficoltà. Certo tutti i condividenti debbono concorrere nell'atto, perchè assuma natura di divisione; ma è necessario che concorrano solo i condividenti, dimodochè se concorrono altre persone estranee, l'atto cambia natura e diventa vendita, permuta? Bisogna fare due casi distinti. Primo, che nell'atto siano intervenuti anche degli estranei oltre i condividenti, e che gli estranei abbiano avuto così la possibilità di acquistare qualche cosa dei beni ereditari, ma in realtà non hanno acquistato. Secondo, che in quest'atto non soltanto intervengono gli estranei, ma realmente acquistano qualche cosa dei beni ereditari. Questi due casi si veri-

ficano nell'ipotesi in cui si faccia la vendita di un bene comune per incanti. Abbiamo visto che quando si fa la divisione giudiziaria e si trova un immobile che non si può comodamente dividere, è ordinata la vendita per incanti. In questa vendita c'è la possibilità del concorso da parte dei comproprietarî ed anche da parte degli estranei. Ora si domanda: quando avviene l'aggiudicazione di un fondo comune per vendita ai pubblici incanti, basta il semplice fatto che sia esistita la possibilità dell'acquisto da parte dell'estraneo per distruggere la natura di divisione, oppure è necessario che effettivamente un estraneo abbia acquistato il fondo posto all'incanto? Se in fatto l'estraneo concorrendo all'incanto è riuscito aggiudicatario dello immobile, ancorchè così sia cessata la comunione, senza dubbio l'atto non è dichiarativo ma è traslativo, perchè l'estraneo acquista una cosa su cui non aveva precedentemente alcun diritto. Il dubbio è nato nel caso in cui nell'incanto il fondo venne aggiudicato ad uno dei coeredi. Basta il semplice fatto che c'era la possibilità che un estraneo acquistasse il fondo comune, perchè questo fatto possa far ritenere traslativo lo atto d'aggiudicazione, sebbene seguita in favore di uno dei condividenti? Si capisce che quando un estraneo prende parte all'atto di divisione, e veramente acquista qualche bene appartenente alla comunione, l'atto è traslativo; ma non si capisce come la semplice possibilità ch'ebbe un estraneo di acquistare dei beni ereditarî

possa equivalere alla realtà. Gli autori però si richiamano agli articoli che ho dinanzi citati. In questi si ammette che alla divisione debba essere equiparato l'incanto seguito tra condividenti. Dunque, dicono questi autori, se l'incanto non è seguito tra i condividenti ma è incanto pubblico, questo viene escluso dalla lettera della legge. Perciò gli art.i 1034 e 1932 non sono applicabili. A prima vista questo argomento letterale fa impressione, tanto più che mentre nel codice francese si dice ch'è equiparata la divisione all'incanto, senz'aggiungere le parole tra condividenti, il nostro codice ha aggiunto questa frase. Perciò, parrebbe che questa frase abbia un significato restrittivo. Ma quest'argomentazione letterale si distrugge con un altro argomento anche letterale. L'art.o 1932 dice al n.4 che in generale tutte le sentenze d'aggiudicazione di fondi per pubblico incanto sono soggette a trascrizione, ad eccezione delle aggiudicazioni per incanto tra i condividenti. Dunque la legge suppone una sentenza di aggiudicazione in favore di un condividente. Se suppone una sentenza d'aggiudicazione a favore di un condividente, sottratta alla regola comune della trascrizione è evidente che presuppone essere avvenuto un incanto in forma giudiziale, cioè un incanto a cui poteva presentarsi anche un estraneo. È inconcepibile una sentenza d'aggiudicazione per incanto fatto a trattative private. Se la legge pur parlando d'incanto fatto pubblicamente dice che la sentenza è esente da trascrizione, solo perchè la

aggiudicazione è avvenuta in fatto in favore di un condividente; l'argomento contrario svanisce come nebbia al sole, perchè la frase aggiunta non vuol dire che solo i condividenti debbono avere la possibilità di acquistare, ma che effettivamente il fondo sia stato acquistato da un condividente. Basta il semplice fatto che siano intervenuti tutti i condividenti, e che l'aggiudicazione sia fatta ad uno di loro, ancorchè l'incanto sia fatto in forma pubblica; e poco importa la semplice possibilità che aveva un estraneo di acquistare il fondo, si guarda alla realtà. Quindi anche in questo caso c'è la natura della divisione; e la vendita all'incanto si considera atto d'indole dichiarativa per tutti gli effetti di legge. Finalmente ci vuole un altro requisito perchè gli atti possano essere equiparati alla divisione, occorre cioè che oggetto di questi atti siano le cose comuni. Se l'atto che tiene luogo di divisione avesse per oggetto cose diverse dai beni ereditarî, sarebbe atto traslativo e non dichiarativo. Un condividente cede tutti gl'immobili ereditarî, anche la parte che a lui spetterebbe in cambio di un fondo proprio dell'altro condividente. Qui avviene una permuta, perchè un condividente viene ad acquistare una cosa su cui prima non aveva alcun diritto. Quando si sono verificati tutti gli estremi, cioè che l'atto abbia lo scopo di sciogliere la comunione, che abbia natura onerosa che soggetto siano tutti i condividenti, che oggetto siano i beni comuni, allora l'atto tien luogo di divisione vera e propria e produce tutti gli effet=

ti della divisione, tranne però l'effetto fiscale. Il fisco naturalmente non segue criterii giuridici, segue dei criterî tutti proprî, arbitrarî, spesso antigiuridici. Ora il fisco fa distinzione fra divisione vera e propria ed atti che tengano luogo della divisione. Quando si ha la divisione vera e propria, vi sia equa distribuzione dei beni della comunione, allora si applica la tassa speciale per la divisione; ma quando vi sia un compenso, un rifacimento in denaro e l'atto assume forme di vendita, di permuta, di cessione, di transazione, il fisco non vuol saperne dei principî del codice civile ed applica la tassa più gravosa relativa ai trasferimenti di proprietà

Lezione XXXIV^a

Sommario

Effetti della divisione: l'azione di garenzia per evizione - Garenzia per l'esigibilità dei crediti - e delle rendite - Annullamento della divisione per violenza o dolo - Quid in caso di errore - L'azione di rescissione per lesione oltre il quarto -

Uno degli effetti della divisione a cui già accennammo nella lezione passata è l'azione di garenzia per evizione. L'azione di garenzia per evizione non è un effetto speciale della divisione, ma è un effetto comune anche ad altri contratti onerosi. Principio generale che regola tutti i contratti onerosi è che deve serbarsi quanto è possibile l'eguaglianza d'interessi tra le varie parti contraenti, cosicchè ove questa eguaglianza venga ad essere turbata, dev'essere ristabilita. Ora l'eguaglianza tra le parti contraenti in un contratto oneroso viene ad essere diminuita od a cessare del tutto qualora una delle parti abbia ricevuto una cosa di cui poi sia stata spogliata per opera di un terzo, perchè la cosa ricevuta non apparteneva all'altro contraente, ma al terzo. Questo fatto si dice evizione, cioè perdita, spoglio della cosa o privazione del diritto per opera di sentenza giudiziaria. In base a questo principio generale la legge concede ad ogni condividente verso l'altro l'azione di garenzia per evizione o per molestia relativa alle cose che sono entrate a far

parte del suo lotto (art° 1035)

Che s'intende per molestia? Per molestia non s'intende altro che la pretesa di un diritto che si fa valere giudiziariamente; molestia non è altro che un'evizione incipiente, non è che il periodo di una futura evizione; molestia è quella pretesa di diritto, la quale quando sia fondata, potrà condurre poi all'evizione effettiva. Quindi non è necessario perchè un coerede eserciti la garenzia che l'evizione sia effettuata realmente, ma basta che vi sia il pericolo dell'evizione, che si addimostra mediante l'inizio dell'azione giudiziaria. La legge aggiunge che queste molestie ed evizioni debbono avere per causa un fatto precedente alla divisione. Anche questa è conseguenza dei principî generali. In qualsiasi contratto oneroso, il contraente risponde per evizione, qualora la causa dell'evizione sia precedente al contratto; se la causa dell'evizione è posteriore, naturalmente l'evizione sarà a carico del contraente che ha ricevuto la cosa, poichè in tal caso il principio dell'uguaglianza non resta leso. Così supponiamo il caso che nella divisione, ad un coerede sia spettato in sorte un fondo realmente appartenente al defunto; però questo fondo era posseduto da un terzo, il quale dopo la divisione ha compiuto l'usucapione. Il condividente a cui è toccato in sorte il fondo posseduto da un terzo, viene così ad esserne privato; ma per un fatto precedente? No, per un fatto posteriore alla divisione, perchè è vero che il possesso del fondo si trovava presso un terzo in tempo precedente,

ma in quel tempo il fondo apparteneva ancora al defunto, apparteneva ai comproprietari e quindi fu giustamente assegnato al condividente: essendosi la prescrizione verificata dopo, la causa dell'evizione è posteriore alla divisione. Il condividente che si vede spogliato per la prescrizione acquisitiva verificatasi dopo la divisione non si può lamentare; egli aveva in suo potere i mezzi per interrompere la prescrizione; se non li ha usati, è colpa sua. Ecco perché la legge dice evizioni e molestie che hanno per causa un fatto precedente alla divisione. La legge aggiunge ancora per sole molestie ed evizioni. Che significa questa parola sole? Perché negli altri contratti onerosi, come per esempio nella compra-vendita, l'azione di garenzia ha luogo non solo per l'evizioni realmente sofferte, non solo per le molestie che possono condurre all'evizione, ma c'è l'azione di garenzia anche per i cosiddetti vizi occulti. Ora la legge qui parlando di sole molestie ed evizioni, ha voluto eliminare l'azione di garenzia per i vizi occulti. Perché si comprende l'azione di garenzia per i vizi occulti in un contratto traslativo, in quanto quando chi acquista qualche cosa a titolo oneroso vuole che la cosa abbia certe qualità, mancando le quali manca il presupposto del contratto; invece quando nella divisione capitano in un lotto delle cose che sono difettose, con ciò non si fa torto a nessuno: le cose che appartenevano alla comunione, buone o cattive che fossero state, senza vizi o con vizi dovevano sempre di

vidersi, onde se un condividente abbia avuto una cosa apparentemente buona, ma in sostanza cattiva, avente dei vizî sconosciuti, non può lamentarsi, perchè essendo cosa della comunione doveva toccare a qualcuno, e colui al quale è toccata, deve sopportarne i difetti. In un caso può lamentarsi, non già con l'azione di garenzia per evizione, ma con un'altra azione, quando la cosa avente dei vizî occulti capitata ad un condividente sia stata valutata come cosa di qualità ottima e questa valutazione erronea abbia importato lesione oltre il quarto. Il coerede in tal caso eserciterà non già l'azione di garenzia per vizî occulti, ma l'azione di rescissione oltre il quarto che ha ben altro presupposto e altri estremi per l'esercizio.

L'azione di garenzia per evizione ha lo scopo di ottenere dagli altri condividenti un'indennità adeguata alla perdita fatta. Come deve valutarsi quest'indennità? Deve guardarsi al valore della cosa evitta al tempo della divisione, o pure al valore della cosa evitta al tempo dell'evizione? È toccato ad un condividente un fondo che pareva di proprietà del defunto e quindi appartenente alla comunione, invece in forza di giudizio di rivendicazione il coerede ha dovuto lasciare questo fondo, perchè il magistrato ha riconosciuto che apparteneva ad una terza persona. Questo fondo al tempo della divisione fu valutato £ 10.000, mentre invece al tempo dell'evizione, che è potuta avvenire dopo 20 anni dalla divisione, o per miglioramenti fatti dallo stesso

coerede o per circostanze estrinseche causali, il valore del fondo era salito a 30.000.
Che cosa i condividenti debbono pagare al coerede evitto? Le £ 10.000, valore del fondo al tempo della divisione, o le £ 30.000 valore del fondo al tempo dell'evizione? Quest'è la questione. Alcuni dicono che bisogna guardare al tempo della divisione, perchè avuto riguardo a quel tempo si fissarono i valori delle cose divise. Altri dicono che bisogna tener conto dei miglioramenti o delle diminuzioni di valore seguiti posteriormente e quindi bisogna guardare al tempo dell'evizione. Ora credo che questa seconda opinione sia più esatta, per una ragione molto semplice: ed è che l'indennità deve rappresentare il danno realmente subito: se un coerede è costretto a rilasciare un fondo avente al tempo dell'evizione il valore di £ 30.000, £ 30.000 rappresentano il suo danno, e poco importa che al tempo della divisione il fondo avesse un valore minore o maggiore. Ciò risulta anche dalle stesse parole della legge. Infatti nell'art° 1036 si dice: «Ciascun coerede è personalmente obbligato in proporzione della sua quota ereditaria a tenere indenne il suo coerede della perdita cagionata dall'evizione». Dunque bisogna mettere in relazione la perdita ch'è lo effetto, colla causa ch'è l'evizione. Mettendo in relazione l'effetto con la causa deriva che l'effetto deve essere commisurato alla causa; deve perciò valutarsi la perdita al tempo dell'evizione, al momento in cui la causa del danno s'avvera. Come si deve ripartire

quest' indennità? Si deve ripartire tra i varî coeredi in proporzione della quota, come si fa per i debiti in generale. Mettiamo che l'indennità sia di £15.000, che tre siano gli eredi, e che uno di questi sia il coerede evitto. Costui perderà £5.000, per le £10.000 restanti si rivolgerà agli altri coeredi per avere da ciascuno £5.000 e così l'eguaglianza viene ristabilita. Supponiamo che un coerede sia insolvibile. Su chi ricade quest' insolvibilità? Parlando del pagamento dei debiti abbiamo visto che se un coerede è insolvibile, la quota di costui non si ripartisce su tutti gli altri, tranne che il debito sia ipotecario, perchè gli altri sono tenuti a pagare la propria quota esclusivamente. Invece un diverso criterio segue la legge nel caso d' indennità. Se si trova un insolvente, la quota dell' insolvente viene ripartita proporzionalmente su tutti i coeredi, cosicchè il danno dell'insolvibilità di un coerede non lo sopporta colui che ha diritto all' indennità, ma tutti proporzionalmente (art° 1036 cap)

L'azione di garenzia per evizione quanto tempo dura? Dura il tempo normale della prescrizione, trent'anni dall'evizione (art° 2120 cod. civ.)

L'azione di garenzia manca in due casi: 1°) Ove con clausola particolare (non già concepita in termini generici) ed espressa siasi rinunziato ad essa rispetto alla speciale evizione subita: per es. rinunzia all' azione per evizione a causa di servitù. 2°). Se il coerede evitto abbia sofferto l'evizione per colpa propria, per es. trascurando di far valere i mezzi giuridici che avrebbero impedito

la soccumbenza (art° 1035 cap). Oltre la garenzia per evizio=
ne di cui ho parlato, c'è un'altr'azione di garenzia di
cui il codice non parla troppo chiaramente, ed è l'azione
di garenzia dovuta per i crediti. Quando si fa la divisio=
ne, debbono entrare nei singoli lotti non solo i beni mobi=
li ed immobili in eguale quantità e qualità, ma debbo=
no entrare per quanto è possibile dei crediti, affinchè la
ripartizione si faccia in modo equo. Supponiamo che in
un lotto siano entrati dei crediti ereditarii. C'è garenzia
anche per questi? Il principio in materia di crediti è,
che quando si cede un credito, il cedente non è tenu=
to a garentire che il verum nomen non il bonum
nomen, cioè è tenuto a garentire l'esistenza del credi=
to non la solvibilità di esso. Quando alcuno cede, o vende
un credito, garentisce che il credito esiste, che c'è un
diritto di credito; ma non garentisce se il debitore sia
buono a pagarlo o pur no. Onde se il cessionario, agen=
do contro il debitore non trova niente per soddisfarsi, non
avrà azione di garenzia contro il cedente. Questo prin=
cipio generale non si applica per la divisione. Se in
un lotto sono entrati dei crediti, e questi crediti al
tempo della divisione erano inesistenti o prescritti,
evidentemente siccome anche qui c'è evizione, per=
chè questa si ha non solo rispetto alle cose corpo=
rali, ma anche rispetto alle cose incorporali, c'è l'a=
zione di garenzia di cui abbiamo parlato. Ma se in=
vece il credito ha tutti i requisiti per l'esistenza e
non era prescritto al tempo della divisione, ma soltan=

si può sperimentare se non in fra dieci anni dalla divisio=
ne. Cosicchè nasce questa conseguenza mostruosa, assurda, che
mentre l'azione di garenzia per evizione per qualsiasi
bene dura 30 anni, che mentre l'azione di garenzia an=
che per l'insolvibilità del debitore rispetto a qualsiasi
credito dura 30 anni, invece l'azione di garenzia per l'in=
solvibilità del debitore d'una rendita durerebbe 10 anni.
Per quali ragioni chi riceve un credito consistente in
una rendita deve per forza sperimentare la sua azio=
ne in fra dieci anni dalla divisione, mentre se si trat=
ta di un altro credito può sperimentare la sua azio=
ne infra 30 anni, secondo i principî generali di diritto?
Non c'è alcuna ragione logica o storica; pur nondime=
no il codice francese abbastanza chiaro dice che il con=
discendente a cui è toccata in sorte la rendita non
può esercitare l'azione di garenzia dopo i 10 anni. Che
ha fatto il codice nostro? Ha usata una formula che
si presta a diverse interpetrazioni. L'art° 1037 dice «la
garenzia della solvenza del debitore di una rendita
non dura oltre i 5 anni successivi alla divisione». Che
vuol dire il codice? Vuol dire che il coerede risponde
[illegible] non solvenza del debitore d'una rendita, ancor=
chè questo si avveri entro 5 anni dalla divisione; op=
pure vuol dire che l'azione di garenzia per insolven=
za del debitore d'una rendita deve per forza essere
sperimentata entro 5 anni dalla divisione? Accoglien=
do piuttosto l'una che l'altra delle due opinioni,
ne derivano gravi conseguenze. Sebbene gli autori ita=

liani nella maggior parte ritengano che il codice nostro abbia voluto commettere lo stesso sproposito del codice francese, confondendo insieme il tempo per cui la garenzia degli altri coeredi deve durare col tempo necessario per la prescrizione dell'azione di garenzia, pure noi crediamo che da questa accusa si passa difendere il nostro legislatore, perchè il codice nostro non dice più come il codice francese: l'azione di garenzia per insolvenza non può esercitarsi ecc; dice: la garenzia dell'insolvenza non dura oltre i 5 anni; il che può interpetrarsi nel senso che i coeredi non solo rispondono dell'insolvenza del debitore d'una rendita se questa precedeva la divisione, ma rispondono anche dell'insolvenza del debitore, se questa è posteriore alla divisione, purchè non si avveri dopo i 5 anni dalla divisione. Quest'opinione accolta da pochi sembra la più logica, e più conforme ai principî. Il principio generale è che l'azione dura 30 anni; onde i 5 anni non sono il termine dell'esercizio dell'azione, ma il termine entro il quale i condividenti sono sempre responsabili: in qualunque giorno, infra i 5 anni dalla divisione si verifichi l'insolvenza, gli eredi saranno sempre responsabili, e l'azione contro di loro si potrà esperimentare fino a 30 anni dal giorno in cui l'insolvenza s'è verificata. Quest'è un'interpetrazione che mi sembra conforme a tutto il concetto ispiratore della legge, ed è principalmente basata sulla differenza di locuzione tra il nostro codice e quello napoleonico, differenza

che bisogna tenere in conto, ancorchè si possa esser convinti che sia una differenza non voluta coscientemente dal legislatore, dovendo noi interpetrare la legge obbiettivamente

Un'altra azione che deriva dai principî generali è l'azione di annullamento della divisione. L'art° 1038 dice: «le divisioni possono rescindersi per causa di violenza o di dolo». Quest'è una frase poco esatta, perchè la parola rescissione implica un concetto diverso dall'annullamento, però praticamente importa le stesse conseguenze. La legge dice: violenza o dolo; e dell'errore tace. Diremo forse che l'errore non è causa possibile di annullamento della divisione? Questo non possiamo dirlo, perchè non c'è alcuna ragione per escludere l'errore dalle cause dell'annullamento delle divisioni. Però, praticamente, non v'era bisogno di menzionare in ispecie l'errore tra queste cause, perchè ogni qualvolta c'è errore, o c'è un'azione speciale che non si confonde con l'azione d'annullamento, o non c'è azione d'annullamento. Su che cosa invero può cadere l'errore? Anzitutto può cadere sull'entità della quota che si riceve. Ma se si riceve meno di quello che spetta c'è, come vedremo, l'azione di rescissione per lesione. L'errore sulla sostanza delle cose si riduce nella divisione ad errore sul valore della quota, e se quest'errore eccede il quarto, c'è l'azione di rescissione per lesione. Altro caso di errore si ha quando sono compresi nella divisione dei

ni i quali non appartevano al defunto. Ma ove si avveri questo errore c'è bisogno d'annullare la divisione? No, basta in questo caso l'azione di garenzia per evizione, perchè quando per errore è incluso un bene che non doveva essere incluso, chi ha ricevuto questo bene avrà diritto d'agire in garenzia. Altro caso di errore è quando non sono inclusi nella divisione, dei beni che dovevano essere inclusi. In questo caso c'è bisogno d'annullamento? Nemmeno. C'è bisogno soltanto di fare un supplemento di divisione dei beni omessi. Altro caso d'errore: sono intervenute nella divisione delle persone che non dovevano intervenire, che non avevano diritto alla eredità, e che furono considerate come eredi o per errore di fatto o per errore di diritto. Ebbene in questo caso c'è bisogno di di annullare la divisione? No, perchè le cose che sono spettate a quelli che non vi avevano alcun diritto, si debbono considerare come cose ancora comuni e quindi basterà un supplemento di divisione. Così anche se un erede per errore di diritto ha ricevuto una quota che non gli spettava, od una quota maggiore di quella che a lui spettava, la parte eccedente si reputerà ancora comune e si farà luogo ad un supplemento di divisione. Si può dare che vi sia stato errore nel calcolare il valore dei beni entrati nei sincoli lotti. Ora anche per l'errore di calcolo non c'è bisogno d'annullare la divisione; non si fa altro che rettificare il calcolo. Perciò tutti i varî casi d'errore si possono benissimo risolvere senza ricorrere ad un'azione speciale d'annullamento, tanto più che il caso più importante praticamente di errore è quello che si ha quando si stimano le cose ereditarie per un valo

re superiore al reale, oppure inferiore, in modo da risultarne lesione per un condividente, ed allora la legge concede un'azione speciale, l'azione di rescissione per lesione oltre il quarto. Le azioni d'annullamento per violenza e per dolo seguono la sorte comune, si prescrivono in cinque anni, dal giorno in cui cessò la violenza, o fu scoperto il dolo. E non solo si possono estinguere per prescrizione, ma anche per ratifica espressa o tacita. È da notare che la legge prevede un caso speciale di ratifica nell'art°. 1043. La legge fa l'ipotesi che una divisione sia stata fatta con violenza o dolo a danno di un condividente, il quale ne è stato vittima. Dopo cessata la violenza commessa a suo danno o scoperto il dolo, il condividente che ne è stato vittima, ha alienato la sua porzione o parte di essa. Il fatto dell'alienazione sopravvenuto alla conoscenza dell'errore derivante dal dolo, e alla cessazione della violenza è dalla legge interpetrato come ratifica della divisione, e quindi importa perdita dell'azione d'annullamento. Parliamo ora dell'azione speciale caratteristica della divisione, di cui già abbiamo fatto cenno, cioè l'azione di rescissione per lesione (art°. 1038 cap.). Quest'azione, ho detto, è caratteristica della divisione, perchè mentre in generale l'eguaglianza deve regnare in tutti i contratti onerosi, purnondimeno la legge nostra seguendo i principî romanistici non ha ammesso, come avrebbe dovuto, la rescissione per lesione in tutti i contratti onerosi facendo solo eccezione pel contratto di compra vendita d'immobili ed a favore del venditore. Però l'azione di rescissione per lesione rifiutata per i contratti onerosi in generale, la legge l'ha accolta per la divisione, perchè sebbene questa sia un contratto oneroso, pure

in essa la caratteristica della eguaglianza è più spiccata che negli altri contratti; perchè mentre in questi si può dire essere lecito ingannarsi scambievolmente «licet se circumvenire» perchè vi è lo scopo della speculazione, questo non si riscontra nella divisione, la quale invece tende solo a concretare il diritto astratto già preesistente. E perciò ancora l'azione è accolta con maggior larghezza che nella stessa vendita. Infatti non si distingue se i beni divisi siano mobili o immobili, nè, ove la divisione assuma la forma di vendita, se il condividente leso figuri come venditore, o come compratore; e nemmeno esige che la lesione sia ultra dimidium, ma si contenta di una lesione oltre il quarto, cosicchè se un condividente riceve meno di 3/4 di ciò che a lui spettava, può intentare l'azione di rescissione. Per vedere se esiste o no questa lesione, come si deve calcolare il valore dei beni? Il valore dei beni deve calcolarsi, avuto riguardo al tempo della divisione. Supponiamo che i beni toccati ad un coerede abbiano perduto di valore, dopo la divisione, per un disastro qualsiasi. Certamente questi viene ad avere meno degli altri coeredi i quali non furono colpiti da questo caso fortuito, ma non può lamentarsi; perchè possa lamentarsi bisogna provare che tenuto conto del valore dei beni qual'era al tempo della divisione, egli ha ricevuto meno. Perciò tutte le diminuzioni posteriori, come tutti gli aumenti posteriori non vanno tenuti in conto. L'azione di rescissione per lesione si ammette non solo contro la divisione vera e propria, ma contro tutti gli atti che avendo per oggetto la divisione hanno tenuto luogo di divisione, e quindi anche contro la vendita, contro la permuta, la transazione, ecc.

menti il rischio non vi sarebbe. Quando dunque vi sia vendita del diritto ereditario fatta senza frode e a rischio del compratore, non vi è azione di rescissione; invece c'è questa azione anche nel caso di vendita del diritto ereditario, quando il cedente sapeva che cedeva poco o niente ed ha ricevuto in cambio un prezzo elevato perchè in questo caso c'è frode, la quale dev'essere punita; come pure c'è azione di rescissione quando manca la clausola a rischio e pericolo del cedente od altra somigliante.

Quali sono gli effetti della rescissione? Gli effetti della rescissione per lesione sono: che le cose vengono a ritornare allo stato di comunione, e quindi si deve procedere ad una nuova divisione. Per evitare quest'effetto gli altri coeredi possono pagare in denaro un supplemento per integrare la quota di chi ha sofferto la lesione. Rispetto ai terzi la rescissione per lesione non produce efficacia retroattiva, ove essi abbiano acquistati diritti sugl'immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rescissione (artº 1308 cap.)

Lezione XXXVª

Sommario

La divisione inter liberos - Come può farsi - Se sia un atto di indole eccezionale, o che ognuno può compiere - Indole giuridica di questa speciale divisione; le varie opinioni - I soggetti della divisione inter liberos: capacità - Lo oggetto - Contenuto speciale -

Oltre alla divisione vera e propria, di cui abbiamo parlato, il codice parla negli art.i 1044-1049 della divisione fatta dal padre, dalla madre e dagli altri ascendenti tra i loro discendenti, quella che comunemente si dice divisione inter liberos. A dire il vero, il nostro codice poteva tralasciare di parlarne in questo punto, perchè non si tratta di vera e propria divisione che suppone preesistente la comunione, ma di divisione che intende impedire una futura comunione e trattarne dopo le donazioni, come il codice francese.

In che consiste questa specialissima divisione, che dà tanto filo da torcere agli interpetri per la sua natura ibrida, per le sue conseguenze disparate, per tante quistioni cui ha dato luogo? Questa speciale divisione è l'atto con cui lo ascendente assegnando tutti i suoi beni ai figli o ai discendenti fà egli stesso la composizione dei lotti spettanti a ciascuno in corrispondenza delle quote da lui stesso stabilite. Da ciò risulta anzitutto come quest atto,

che si chiama divisione, non costituisce una vera divisione, perchè divisione è quell'atto che importa la fine di una comunione; mentre qui invece non c'è mai comunione, l'ascendente prima che sorga la comunione tra i figli, divide i beni tra di loro. Quest'atto non tende ad estinguere la comunione già avvenuta, ma tende ad impedire che nasca la comunione. I vantaggi di questa divisione furono rilevati dal diritto romano, cioè evitare le gare tra i figli, evitare tutti gl'inconvenienti che derivano da una divisione specie giudiziaria. Se però la divisione inter liberos produce questi vantaggi, produce lo svantaggio che non essendo sempre il padre spassionato, equanime, spesso nella composizione dei lotti si trova favorito un figlio piuttosto che un altro; e più di tutto lo svantaggio maggiore che presenta questa divisione inter liberos è dato dalle molteplici quistioni fatte dalla dottrina e dalla giurisprudenza intorno alla natura dell'atto ed ai possibili effetti. Ciò nonostante il codice ha conservato questo istituto derivato dal Diritto romano e dal Diritto consuetudinario francese.

Come può farsi la divisione inter liberos? Può farsi in due modi: per testamento o per donazione. Abbiamo una divisione inter liberos che essendo fatta per testamento non ha efficacia che al momento della morte del dividente, perchè tutto ciò che è disposto nel testamento ha efficacia al tempo della morte del testatore; ed abbiamo una divisione inter

liberos che può essere fatta per donazione ed ha effica=
cia nel momento stesso in cui è compiuta, cioè prima della
morte del donante, e quindi è una divisione la quale non
presuppone neppure la successione. Questa divisione è un at=
to permesso dalla legge unicamente agli ascendenti in favo=
re dei discendenti, oppure è permesso implicitamente a tutte
le persone che vogliono disporre dei loro beni? Alcuni han=
no detto: la division inter liberos è un atto che la legge
solo eccezionalmente permette agli ascendenti rispetto ai
discendenti. Altri hanno detto: come mai volete restringere
il diritto di dividere i beni tra più persone al solo ascen=
dente; mentre un estraneo che dona i beni a più persone
non avrà il diritto di ripartirli? Chi ha il diritto di fare
il più, ha il diritto di fare il meno: se uno ha il diritto
di lasciare o no i beni ad una data persona, potrà lasciare
o donare i beni nel modo che vuole e quindi anche dividerli.
Però se questo è vero, è pur vero che altra è la facoltà
concessa a qualsiasi persona di donare o lasciare per te=
stamento i beni facendo la ripartizione effettiva dei beni; ed
altra è la divisione che fa l'ascendente ai figli. Perchè quan=
do una persona fa una donazione o un testamento e ripar=
tisce i beni come meglio a lui piace tra i varî donatarî, ere=
di, legatarî, egli non fa altro che compiere una ripartizione
di fatto; ma non compie un vero e proprio atto di divisione,
cioè un atto regolato da tutti i principii che concernono la
divisione e produttivo di quelle conseguenze speciali che la
legge fa derivare dalla divisione inter liberos. Come vedremo,
la divisione inter liberos presenta dei caratteri del tutto eccezio=

nali; pur non essendo divisione, pur non presupponendo comu=
nione produce le stesse conseguenze della divisione, come se la co=
munione vi fosse stata precedentemente. Cosicché non si posso=
no le regole poste dalla legge per la divisione inter liberos
estendere a tutte quelle donazioni, quei testamenti, in cui il do=
natore ed il testatore distribuisca i beni ai coeredi e ai dona=
tari nel modo che a lui piaccia. Infatti una specialità pro=
pria della divisione inter liberos è che l'oggetto della divisione
può essere anche la quota legittima, la parte indisponibile.
Ora questo significa molto: se oggetto della divisione inter li=
beros può essere anche la quota indisponibile, questa distribu=
zione dei beni della legittima può in certo modo alterare
la composizione dei lotti che altrimenti avrebbe luogo se si fa=
cesse la divisione vera e propria. Ora principio generale di di=
ritto in materia di legittima è che la legittima non si può al=
terare in nessun modo, la parte assegnata dalla legge, rigorosa=
mente parlando, dovrebb'essere sottoposta alle regole comuni
della vera e propria divisione, mentre attribuendo al padre
di famiglia il diritto di ripartire anche la legittima ai fi=
gli, si può avere l'effetto che la divisione non sia corrisponden=
te a quella che si avrebbe se si facesse secondo le regole comu=
ni. Invece, se si tratta d'una persona che voglia lasciare i be=
ni ai suoi genitori od altri ascendenti, costei potrà ripartire
i beni disponibili, come meglio a lei piaccia, ma non potrà
in nessun modo distribuire i beni che formano parte della
legittima, perchè la legittima è una quota proveniente ese leg=
ge, sottoposta a tutte le regole della legge sia intorno alla
trasmissione sia intorno alla divisione. Un'altra specialità

della divisione inter liberos è questa, ch'essa sia fatta a tutti coloro i quali dovranno essere eredi del dividente, a tutti i figli, a tutti i discendenti. Cosicchè se uno di loro è omesso nella divisione, questa è nulla. Invece questa singolare conseguenza non potrebbe mai derivare nel caso che alcuno lasci i suoi beni a parenti oppure ad estranei ripartendoli tra di loro, perchè quando tralascia alcuno dei parenti non fa male a nessuno, perchè questi non avevano alcun diritto all'eredità, ed intanto vi hanno diritto in quanto sono chiamati. Date queste specialità, è evidente come la divisione inter liberos di cui parla il codice non sia che facoltà del solo genitore, o del solo ascendente in generale; tutte le altre persone che non rivestono questa qualità possono benissimo assegnare i beni ai singoli eredi o donatari per impedire la communione, ma questa non sarà vera e propria divisione, non importerà nè possibilità d'applicazione delle regole della divisione e tanto meno delle regole speciali poste dalla legge per la divisione dell'ascendente.

Premesso questo, vediamo la natura giuridica di questa divisione inter liberos, che può rivestire due forme egualmente solenni: se fatta per atto tra vivi deve rivestire la forma della donazione, se fatta per atto mortis causa dev'essere fatta colle stesse forme del testamento (pubblico, segreto, olografo). Quando la divisione inter liberos è fatta per testamento non presenta difficoltà, inquantochè nel tempo stesso in cui vari coeredi sono chiamati alla successione in quel tempo stesso acquistano i beni già belli e divisi; essi sono successori non già in quote astratte, ma in quote concretate dallo stesso testatore, il

quale ha designati i beni appartenenti a singoli lotti. Questo testamento si distingue dagli altri in generale, perchè mentre negli altri testamenti si dice: lascio ai miei figli tutto il patrimonio da dividersi in parti uguali, lascio ai miei figli il patrimonio da dividersi in questo modo, cioè ad alcuni la legittima soltanto, ad altri la disponibile; invece nel testamento contenente la divisione inter liberos dopo essersi detto: lascio tutto il patrimonio ai miei figli da dividersi in parti eguali, si aggiunge: assegno per formare ciascuna quota, al figlio A questo e questo altro immobile, al figlio B l'immobile X e l'immobile Y. Quest'è la divisione inter liberos. Le conseguenze pratiche sono le stesse, solo si elimina la possibilità della comunione. Perciò non nasce quistione intorno alla natura giuridica di questo atto. La difficoltà grande sorge quando la divisione inter liberos sia fatta per donazione. Una persona fa una vera e propria donazione colla quale dona tutto il patrimonio attuale ai figli aggiungendo che la quota di ciascuno di essi dev'essere composta di questi e quest'altri beni. Quest'atto contiene due elementi: un elemento attributivo e traslativo di diritti ed un elemento distributivo. L'elemento attributivo è dato dalla natura stessa dell'atto, il quale riveste la forma della donazione; l'elemento distributivo è dato dall'assegnazione dei singoli beni che debbono entrare nei singoli lotti. Quale qualità rivestono i discendenti in questo caso; sono eredi, sono donatari o sono donatari condividenti? In altre parole la divisione inter liberos per atto tra vivi è vera donazione, oppure è anticipata successione, o nel tempo stesso è donazione e divisione, o, come dicono altri autori è divisione provvisoria che si riferisce al tem-

po della futura successione, cosicchè questi donatarî non sono veri donatarî, sono eredi perchè tali diventano alla morte del donante e solo provvisoriamente e in via transitoria si debbono considerare come donatarî? Tutte queste opinioni sono state sostenute. Dall'accogliere l'una o l'altra derivano delle importanti conseguenze pratiche, e principalmente la conseguenza che si riferisce al giorno in cui incomincia la prescrizione delle azioni. C'è l'azione di rescissione per lesione oltre il quarto, c'è l'azione di garenzia tra i varî coeredi, c'è l'azione d'impugnativa per lesa legittima: il termine della prescrizione di quest'azioni incomincia dal giorno in cui fu fatta la donazione, oppure incomincia dal giorno dell'apertura della successione, oppure per alcune si deve seguire un criterio e per altre un criterio diverso? Esponiamo brevemente i varî sistemi.

Alcuni hanno detto: la divisione inter liberos per donazione è vera apertura di successione. Che cosa fa il padre di famiglia quando dona tutto il suo patrimonio ai figli, che saranno i suoi possibili eredi, e distribuisce i beni tra di loro? Non fa altro che aprire la successione, contro il principio generale che durante vita non c'è luogo a successione. Secondo questo primo sistema quindi qui c'è un'anticipata apertura di successione.

Secondo sistema. C'è vera e propria donazione la quale si converte in divisione al tempo della morte del donante. Cosicchè bisogna distinguere due momenti: il periodo anteriore alla morte del donante ed il periodo posteriore. Nel periodo anteriore alla morte del donante l'atto è donazione; nel periodo posterio-

re quest'atto di donazione diventa divisione. Altr' opinione. Non è nè anticipata successione nè donazione che poi si muta in divisione; è una divisione vera e propria, ma una divisione provvisoria, una divisione che si riferisce al futuro. Mentre la divisione comune presuppone un titolo traslativo già preesistente, quale la successione, questa divisione speciale suppone un titolo traslativo futuro ch'è pure la successione. Gli apparenti donatari non sono che eredi, il loro titolo d'acquisto non si deve ricercare nella donazione, ma nella successione posteriore, cosicchè questa donazione ha solo la sembianza, la forma esteriore della donazione; in sostanza non è che divisione di quell'acquisto che si farà in futuro mediante la successione.

Altra opinione: la donazione è vera donazione, e nel tempo stesso è divisione; è un atto che ha doppia natura di donazione e di divisione, cosicchè nel momento stesso in cui è compiuto, quest'atto produce l'effetto traslativo, non solo, ma anche lo effetto distributivo, cioè l'effetto proprio della donazione e l'effetto proprio della divisione. Bisogna però ricordare, dicono i seguaci di tale opinione, che sebbene quest'atto sia donazione e divisione nel tempo stesso, pure è donazione e divisione in cui si ha riguardo al futuro, ossia è una donazione e divisione fatta in riguardo a futura successione, non è donazione e divisione pura e semplice, ma è una divisione ed una donazione che si fa avendo di mira la possibile futura successione. Tutte le opinioni presentano un lato debole, vediamo quale sia la preferibile.

Non si può sostenere che la divisione inter liberos sia anticipata successione, perchè il nostro codice non ammette la

possibilità di patti di successione futura. Il nostro codice, più rigoroso del Diritto romano e del diritto francese, non ammise mai una vera deroga al principio della nullità dei patti successorî. Ed invero se avesse voluto ammettere questa deroga, l'avrebbe dovuto dire chiaramente. Il codice delle due Sicilie diceva che la divisione inter liberos costituisce un'anticipata successione e quindi la questione era risoluta. Il nostro codice non avendo seguito il codice delle due Sicilie, e non avendo fatto espressa menzione di quest'eccezione, deve ritenersi che non abbia accolto tale opinione.

L'altra opinione si presenta in modo più plausibile; cioè che la divisione inter liberos sarebbe donazione durante il tempo della vita del donante, diventerebbe divisione dopo. Ma contro si oppone giustamente che non si capisce come un atto che è donazione possa un bel momento trasformarsi in divisione. Questa metamorfosi è inesplicabile. Nel tempo in cui il donante donava, in quel tempo stesso egli distribuiva i beni; la divisione incomincia fin dal momento della donazione.

La terza opinione è che la divisione inter liberos sia una divisione provvisoria, e che il titolo d'acquisto vero e proprio sia la successione. Se fosse vera quest'opinione, ne seguirebbe che ove gli apparenti donatarî rinunziassero alla successione, essi non dovrebbero ritenere niente di ciò che hanno avuto in donazione. Invece non è così; essendo applicabili tutte le regole concernenti le donazioni (art° 1045), i donatarî quando si apre la successione possono benissimo rinunziare alla successione e ciò non dimeno ritenere i beni che hanno avuto

in donazione. Se possono ritenere i beni avuti per mezzo della divisione inter liberos, anche rinunziando alla successione, è evidente come il titolo acquisitivo del loro diritto non si deve ricercare nella successione, ma nella divisione inter liberos. Perciò la divisione inter liberos non è semplice divisione, sia pure provvisoria, no, ma è nel tempo stesso donazione e divisione. Quest'è l'opinione più seguita nella dottrina e nella giurisprudenza. È donazione in quanto il proprietario si spoglia dei beni, è divisione in quanto nel tempo stesso che il proprietario si spoglia di questi beni, li distribuisce. Ma non è una donazione ed una divisione senza connessione col futuro; una connessione c'è, ma questa connessione non deve considerarsi come connessione intima tra effetto e causa, dimodochè mancando la successione debba venire a mancare l'effetto della divisione. La futura successione costituisce il motivo dell'atto, non già la causa giuridica. Il padre di famiglia divide i beni suoi tra i figli, appunto perchè pensa che questi beni un giorno saranno oggetto di successione ereditaria e quindi oggetto di comunione, ed egli si riferisce nel suo pensiero a questa possibilità; ma questo suo pensiero resta un motivo che caratterizza l'atto senza esserne la causa giuridica. La causa dell'atto è quella comune ad ogni donazione, cioè la animus donandi. Il motivo è quello d'impedire le discordie nascenti dalla futura comunione ereditaria, ma se, aprendosi la successione, la comunione non si verifica per una ragione qualsiasi l'atto resta egualmente valido. Infatti non si può dire che essendovi rinunzia dell'apporzionato, la divisione non abbia per lui alcun effetto. La legge

dice che alla divisione inter liberos fatta per atto tra vivi si applicano tutte le regole, le condizioni, le formalità della donazione. Non dice solo la divisione per atto tra vivi dev'essere fatta colle forme della donazione, perchè allora si potrebbe dire ch'è vera e propria divisione, che si riferisce al futuro, non già donazione. Dal momento che la legge applica tutte le regole della donazione, si applica anche quella dell'art° 1003 per cui l'apporzionato può ritenere il dono e rinunziare all'eredità. L'atto quindi non si può concepire come semplice divisione, D'altra parte non si può concepire come donazione comune, perchè la legge ammette delle impugnative che sono caratteristiche della vera e propria divisione, come la rescissione per lesione oltre il quarto. È donazione e divisione nel tempo stesso, donazione e divisione che sempre ha riguardo alla futura successione, perchè la legge stessa dispone nell'art° 1047 che ove in questa donazione divisione sia trascurato qualcuno di quelli che si trovano ad essere discendenti al tempo della successione, e che quindi hanno diritto ad essere eredi, la divisione donazione è nulla. Dunque c'è connessione con l'apertura della successione, non si può dire atto del tutto staccato. Ma la connessione dee intendersi solo nel senso che, verificandosi la connessione ereditaria, se ne prevengan gl'inconvenienti con l'anticipata decisione paterna, ma se la comunione non si riferisce o per rinunzia o per la premorienza di uno degli apporzionati l'attribuzione fatta in suo vantaggio resta ferma.

L'apporzionato pertanto ripete la causa del suo acquisto

non dalla qualità ereditaria che può non assumere ma dalla donazione inter vivos. Vediamo ora le regole che riguardano quest'istituto singolare. Anzitutto le persone. Quali persone possono compiere quest'atto e verso quali persone si può compiere? Quest'atto di natura singolare può essere compiuto dai genitori, dagli ascendenti, verso i figli o i discendenti. Bisogna poi avere la capacità voluta per l'atto speciale con cui la divisione si compie; quindi se la divisione inter liberos è fatta per testamento, il disponente deve avere la capacità di testare, e perciò se è minore di 18 anni, se è interdetto, se non è sano di mente, se è condannato all'ergastolo, non potendo fare testamento conseguentemente non può fare la divisione inter liberos. Se si fa per donazione, oltre queste cause d'incapacità, ce ne sono altre, perchè sappiamo che il maggiore d'anni 18 e minore di 21 può fare testamento ma non può fare donazione; l'inabilitato può fare testamento ma non donazione; la donna maritata può fare testamento, ma non può fare donazione senza l'autorizzazione del marito. Considerando ora la capacità di coloro che ricevono per divisione inter liberos, si può dire che se si tratta di testamento tutti sono capaci a ricevere tranne le persone che non sono nemmeno concepite al tempo in cui muore il testatore, oppure sono indegne, cioè si applicano le regole generali intorno alla capacità di ricevere per testamento; se si tratta invece di divisione inter liberos fatta per donazione, i discendenti debbono avere la speciale capacità che la legge vuole per

accettare la donazione; se il discendente è un minore ha bisogno del rappresentante, che sarà il padre, se è la madre che divide i beni, o viceversa, e nel caso che donanti siano entrambi i genitori si nominerà un curatore speciale. Così anche se si tratta d'interdetto, d'inabilitato occorre la rappresentanza del tutore, o l'assistenza del curatore, e se tutore o curatore è lo stesso ascendente che divide, si nominerà un curatore speciale. Se un discendente è una donna maritata non ha bisogno d'autorizzazione del marito, perchè la donna maritata non può donare, ma può accettare le donazioni. La caratteristica di quest'atto è, come ho detto, che in esso devono essere contemplati tutti i discendenti, non si può escludere alcuno. Quando si dice: tutti i discendenti, s'intende comprendere non soltanto quelli viventi nel tempo della donazione o al tempo in cui si fa il testamento, ma anche quelli che si trovano per lo meno concepiti al tempo della morte del donante o del testatore. Cosicchè se anche una persona abbia diviso i suoi beni per atto tra vivi tra tutti i figli allora esistenti e dopo ne abbia avuto degli altri, l'esistenza di quest'altri figli distrugge l'efficacia dell'atto di donazione divisione. Quali beni possono essere oggetto delle divisioni inter liberos? Se ha la forma di testamento, possono essere oggetto non solo i beni presenti, attuali al tempo in cui il testatore fa il testamento, ma anche i beni futuri; se invece si tratta di donazione, sappiamo che è principio generale della donazione che non si possono donare i be-

ni futuri. Un padre di famiglia che fa una donazione per attuare la divisione inter liberos non può dividere i beni futuri, deve dividere i beni attuali. La questione che si fa è: se il padre di famiglia assegna nei lotti dei varî figli anche beni ch'è in procinto d'acquistare, la divisione è nulla per intero o in parte? Alcuni sostengono che in questo caso la divisione donazione è nulla per intero, perchè il codice dice ch'è nulla in parte la donazione dei beni futuri, ma non ripete lo stesso a proposito della divisione donazione. Altri invece, più giustamente, dicono che anche la divisione inter liberos è nulla, solo riguardo a beni futuri non in tutto, giacchè non vi era bisogno di ripetere la disposizione relativa alle donazioni. Una madre di famiglia che vuole dividere il patrimonio tra i figli, può dividere i beni dotali? No, non avendo diritto di disporre, non può avere il diritto di dividere questi beni; se la donna non può alienare i beni dotali, nemmeno col consenso del marito, non può donarli.

Qual'è il contenuto proprio della divisione inter liberos? Il contenuto caratteristico è la composizione dei lotti, cioè non basta che il padre di famiglia dica: dono tutti i miei beni ai miei figli in parti eguali, oppure in parti disuguali, nelle seguenti proporzioni. Se fa questo, fa una donazione pura e semplice, quest'atto non ha niente di speciale, esso assume la caratteristica speciale di divisione inter liberos, quando dopo avere enunciato il criterio che presiede alla sua operazione, egli materialmente forma i lotti corrispondenti alle quote stabile. Se dice: la

scio a tutti 5 figli tutto il patrimonio in parti eguali, senza fare altro, allora fa una donazione pura e semplice; se invece dice pure: nel lotto A entreranno questi mobili, immobili e crediti, ecc; nel lotto B entreranno quest'altri mobili, immobili e crediti, ecc; allora abbiamo una divisione inter liberos. Sicché il contenuto caratteristico della divisione inter liberos è la composizione materiale dei lotti. Si domanda a questo proposito: il padre di famiglia è obbligato quando fa quest'assegnazione di lotti a seguire le regole che la legge pone a proposito della divisione giudiziaria, cioè che ciascun lotto deve contenere un'eguale quantità di beni mobili, immobili e di crediti, e approssimativamente questi beni debbono essere della stessa qualità?

Alcuni hanno voluto sostenere che anche il padre di famiglia nella divisione inter liberos deve seguire questi criteri. Tale opinione non può essere accolta. La legge pone delle regole per la divisione giudiziaria ma stabilisce d'altro canto un principio generale che cioè la divisione amichevole, convenzionale, può farsi con quelle condizioni che meglio sembrano opportune alle parti. Se la divisione inter liberos non è divisione giudiziaria ed ha anzi lo scopo di eliminare la possibilità di tale divisione, essa si deve equiparare alla divisione amichevole, sicché il padre di famiglia ha piena libertà nella composizione dei lotti; in un lotto può mettere soltanto dei beni immobili, in un altro dei beni mobili, ecc; dirici aggiungerò che la divisione inter liberos sebbene sia istituto an-

tico, anche oggi si raccomanda e fu perciò conservato dal legislatore perchè ha lo scopo di evitare quell'inconveniente che noi ricordammo a proposito della divisione giudiziaria, cioè il polverizzamento dei beni. Or tale ragione per cui il legislatore ha conservato quest'istituto, mancherebbe, qualora si obbligasse il padre di famiglia a seguire le regole dalla legge poste per la divisione giudiziaria.

Lezione XXXVI[a]

Sommario

Effetti della divisione inter liberos_ 1°) per atto tra vivi. Prima della morte del donante_ dopo la morte_ 2°) per testamento_ Azioni d'impugnativa speciali a) per omissione di un figlio_ b) di rescissione per lesa legittima_ c) di rescissione per lesione oltre il quarto_

Per studiare gli effetti della divisione inter liberos bisogna distinguere se questa è fatta per atto tra vivi o per testamento. Se per atto tra vivi bisogna distinguere due periodi, il periodo in cui vive il donante ed il periodo dopo la morte. Durante la vita, la divisione tra ascendenti produce gli effetti proprî della donazione e gli effetti proprî della divisione. Tra ascendente che dona e discendenti che ricevono per donazione, l'atto è irrevocabile, i figli acquistano la proprietà dei beni tra loro divisi dall'ascendente. D'altra parte l'atto è sottoposto a tutte le regole della donazione, alla risoluzione per inadempimento dei pesi, alla revoca per ingratitudine. La questione che si fa a questo proposito è: se un solo dei figli sia manchevole nello adempimento degli obblighi imposti dal donante, se uno di loro si mostra ingrato, la donazione divisione dev'essere revocata interamente oppure dev'essere revocata soltanto di fronte al figlio inadempiente od ingrato? Vi sono varie opinioni che per brevità tralascio; la mia è che l'azione di revoca

per ingratitudine o quella di risoluzione per inadempimento dei pesi, sono azioni che hanno carattere in certa guisa penale, e quindi non possono avere efficacia che contro la persona che si rese immeritevole della donazione: gli altri donatari non dovranno per nulla essere toccati. Ma si dice in contrario: se si revoca la donazione solo a danno di uno dei figli, cioè di colui che è stato ingrato o che non ha adempiuto agli oneri imposti dal donante, avverrà che al tempo della successione il patrimonio del donante si troverà diviso non tra tutti i figli, ma tra alcuni soltanto. Ora, per legge, quando il donante omette qualcuno dei figli nella divisione donazione, questa è nulla per intero. Perciò ritenendo che la donazione divisione debb'essere revocata solo rispetto a chi s'è mostrato ingrato, o a chi s'è mostrato inadempiente, sarà la conseguenza che apparentemente la donazione avrà efficacia rispetto agli altri, ma in realtà no, perchè al momento della morte si troverà un figlio non contemplato, e quindi la donazione sarà nulla. Quest'osservazione ci sembra inesatta. Altro è il caso in cui il padre di famiglia omette qualcuno, ed altro è il caso che contempli tutti e che uno dei figli sia divenuto immeritevole della donazione. Il fatto che la donazione venga revocata solo rispetto ad alcuni, non importa nullità della donazione. Se nei rapporti tra ascendente e discendenti l'atto di divisione inter liberos ha carattere di donazione, nei rapporti tra i varî discendenti esso si manifesta come divisione e produce tutti gli effetti della vera e propria divisione. Quindi anzitutto ciascuno dei varî discendenti apporzionati ha l'obbligo della garenzia per

molestia od evizione verso gli altri discendenti. Se uno dei discendenti abbia avuto un bene che poi risulta non appartenere al donante, oppure sia stato molestato nel possesso dei beni, gli altri discendenti, in base al principio generale della divisione, dovranno rispondere delle molestie od evizioni subite. In secondo luogo se il padre di famiglia fa la divisione in modo che ad alcuno assegna una maggior parte di beni immobili o mobili aggiungendo l'obbligo di pagare agli altri condividenti una somma in denaro a titolo di conguaglio o rifacimento, in questo caso coloro che hanno diritto al conguaglio o rifacimento potranno iscrivere ipoteca legale sui beni degli altri discendenti. Ecco le conseguenze che derivano dalla divisione tra ascendenti durante la stessa vita del donante. Quando poi il donante muore, allora non è già che la donazione-divisione si tramuti in testamento, no; la donazione resta donazione. Però siccome la qualità d'erede s'acquista col fatto dell'accettazione, anche se nel patrimonio della persona non vi sia niente, se i donatari oppoporzionati accettano l'eredità, allora essi acquistano la qualità di eredi e incorrono in tutte le conseguenze che abbiamo studiate intorno all'eredità, e quindi saranno anche responsabili dei debiti ultra vires se hanno accettato senza beneficio dell'inventario.

Ricorderò a questo proposito che i discendenti non sono tenuti ai debiti del donante ove non accettino l'eredità, e ciò in base al principio che nel diritto nostro la donazione sia pure di tutto il patrimonio, non trasmette ipso jure i debiti del donante nel donatario; perchè questa trasmissione

avvenga si richiede un patto speciale, il patto di accollo. I figli del donante perciò sono tenuti al pagamento dei debiti solo quando diventano eredi; ma se i figli che son donatarî per forza della divisione inter liberos, al tempo della morte del donante rinunziano all'eredità ne seguirà che si troveranno ad avere i beni del defunto senza l'obbligo del pagamento dei debiti. La rinunzia dei donatarî apporzionati è sempre ammessa perchè la donazione-divisione non è un'anticipata successione, dimodochè rinunziando all'eredità si perde il diritto di acquistare i beni; no, la donazione-divisione ha efficacia per se stessa traslativa; se poi s'accetta l'eredità, allora al titolo antico se ne aggiunge un nuovo; ma se non s'accetta, resta integro il titolo primitivo e quindi i donatarî restano donatarî. Dall'accettazione dell'eredità derivano ancora altre conseguenze pratiche. Così se dopo la donazione il donante acquistò altri beni, quest'altri beni si suddividono tra i coeredi, come pure se nella donazione-divisione qualche cosa si omise, questa cosa omessa viene ad essere divisa tra i discendenti. Se si rinunzia all'eredità, non si ha diritto a questo dippiù che il donante acquistò dopo la donazione.

Quando la divisione inter liberos è fatta per testamento non ci sono difficoltà intorno agli effetti, perchè o si accetta l'eredità, si acquista nel tempo stesso la qualità d'eredi e la proprietà di quei determinati beni assegnati dal testatore; o si rinunzia, e allora i discendenti nè sono eredi, nè hanno la proprietà dei beni loro assegnati. Prima che il testatore sia morto, la divisione fatta per testamen-

to è revocabile, perchè il testamento sia pure che contenga una divisione inter liberos, non è atto giuridico che produce i suoi effetti, è un atto che ha solo la potenzialità di produrre effetti giuridici in avvenire, e quindi può essere sempre revocato. Il dubbio nasce quando siamo in presenza d'una revoca tacita, cioè quando il testatore aliena o trasforma una delle cose che ha lasciato all'erede o al legatario. Rispetto alle cose trasformate od alienate la disposizione testamentaria si ha come revocata (art° 892). Lascio a Tizio un immobile che poi vendo, evidentemente la volontà di legare quell'immobile è revocata. Se il testamento contiene una divisione inter liberos ed il testatore che ha fatto la divisione tra i figli, aliena qualcuna delle cose assegnate ai lotti di questi figli, si ha la revoca di tutto il testamento o pur no? Chi dice si e chi dice no. L'opinione giusta è nel mezzo. Bisogna vedere che cosa s'è alienata, se è una cosa sola, allora non c'è revoca, perchè la divisione inter liberos per testamento importa successione non già a titolo particolare, ma a titolo universale. L'alienazione d'una cosa isolata non può distruggere nei figli la qualità d'eredi. Se essi hanno ciò che è giusto, se la legittima non è lesa, l'alienazione d'una cosa isolata, assegnata in un lotto, non importa revoca tacita del testamento, perchè benissimo il testatore poteva lasciare ad uno più ed a un altro meno, il testatore poteva lasciare ad alcuni figli la disponibile e ad altri la sola legittima. Se invece il testatore ha alienato tutti i beni compresi in un lotto assegnato ad un figlio,

evidentemente in questo caso manca il carattere della divisione, in quanto che c'è uno di quelli chiamati all'eredità che non troverebbe niente, e quindi in riguardo all'elemento della divisione, il testamento deve dirsi revocato. Ecco quali sono gli effetti della revoca tacita.

Dopo di aver parlato degli effetti della divisione inter liberos, parliamo delle azioni d'impugnativa contro quest'atto. Esse si possono distinguere in due categorie: azioni derivanti dal diritto comune, ed azioni speciali alla divisione inter liberos. Le azioni derivanti dal diritto comune sono tutte quelle che servono ad annullare qualsiasi donazione o qualsiasi testamento; cioè mancanza di forma voluta nella donazione o nel testamento, mancanza di capacità, errore, dolo, violenza, ecc. In tutti questi casi come si può impugnare la divisione inter liberos. È necessario fermarsi su quelle azioni d'impugnativa che sono proprie della divisione inter liberos. Esse sono tre: azione di nullità per preterizione d'un figlio o discendente; azione di rescissione per lesa legittima, azione di rescissione per lesione oltre il quarto. Queste sono le azioni speciali che riguardano la divisione inter liberos, in quanto è una vera e propria divisione. 1°) Azione di nullità per preterizione d'un figlio o discendente. Quest'azione è indicata nell'art° 1047. Essa si fonda sul principio che la legge in tanto concesse al padre di famiglia tutti i vantaggi speciali che derivano dalla divisione inter liberos, in quanto si fonda sul presupposto che il padre di famiglia abbia voluto provvedere alla sorte di tutti i figli e fare loro un assegnamento equo e pro-

porzionato al merito di ciascuno. Ma se in una divisione inter liberos si trova omesso uno dei figli, o perché non esisteva al tempo della divisione o perché anche esistendo, il padre l'ha trascurato, evidentemente il presupposto della legge viene a mancare e da ciò deriva la nullità della divisione. Ancora c'è un'altra ragione: noi sappiamo che la divisione in generale può essere annullata, quando alcuno dei cointeressati non intervenga nella divisione. Ora questo principio proprio della divisione, giustamente la legge l'ha applicato anche alla divisione inter liberos. Se questa dev'essere vera e propria divisione, si deve ottemperare a tutte le esigenze della divisione vera e propria. Perciò se uno dei figli è trascurato, la divisione è nulla. Quest'è azione di nullità assoluta, giacché non si può concepire divisione se non intervengono tutti gl'interessati. Quali sono gli estremi per l'esercizio di quest'azione? È necessario che sia morto il padre di famiglia, perché solo in quel momento si vede se vi sia preterizione. Può infatti accadere che il padre di famiglia facendo una divisione per atto tra vivi o per testamento vi contempli tutti i figli allora esistenti. Però dopo sopraggiunge un altro figlio, il quale si trova ad esistere al tempo dell'apertura della successione. Nonostante il padre di famiglia abbia contemplato tutti i discendenti al tempo in cui fece l'atto, la divisione è nulla perché sopraggiunse un altro figlio. Viceversa, poniamo che il padre di famiglia a bella posta abbia trascurato un figlio nella divisione. Però, per fortuna degli altri, questo figlio non contemplato è premorto al padre di famiglia, oppure è indegno a

succedere, oppure rinunzia all'eredità; in questi casi il premorto, il rinunziante, l'indegno, ancorchè non sia stato contemplato nella divisione non fa sì che la divisione venga ad essere annullata, perchè si considera come non esistente. Infatti il premorto non esiste al tempo dell'apertura della successione, l'indegno è equiparato al premorto, il rinunziante è come se non fosse stato mai chiamato all'eredità. Perciò in questi casi la divisione sebbene in origine fatta male, pure per circostanze sopravvenute vale come se fosse stata fatta in conformità della legge. Perciò, per potere esercitare quest'azione bisogna necessariamente aspettare il tempo dell'apertura della successione, perchè solo se a quel tempo si trovano dei figli non contemplati nella divisione, la divisione dev'essere annullata.

Qual'è l'effetto di quest'azione? Come ho detto l'effetto è di produrre la nullità della divisione, cioè la divisione si ha come non fatta. E conseguenza della nullità è che tutti i diritti acquistati dai terzi medio tempore sono risoluti; il che importa un inconveniente gravissimo. Un padre di famiglia ha diviso tutti i beni tra i figli esistenti nel tempo della divisione. Questi figli diventati proprietari hanno vendute le cose donate o hanno concesso servitù, ipoteca su di esse. Il padre di famiglia in seguito ha avuto, poniamo, il ticchio di riammogliarsi dimodochè al tempo della sua morte vi sono altri figli i quali fanno annullare la divisione. I diritti dei terzi vengono ad essere posti nel nulla, nonostante che si non si possa rimproverare d'aver mancato di dili-

genza nell'acquistare.
Questo è un altro pericolo che si corre quando si acquista una proprietà immobiliare; nè c'è una cautela per premunirsi. Solo se i terzi sono stati trent'anni nel possesso legittimo dell'immobile, essi saranno al sicuro.
Quando si prescrive quest'azione?
Quest'azione, siccome non può esercitarsi che quando è aperta la successione, non può prescriversi se non passati trent'anni dal giorno in cui la successione è aperta, perchè la prescrizione comincia quando nasce l'azione.
Data l'eventualità di questa azione di nullità per preterizione di uno dei figli, la divisione inter liberos deve sempre considerarsi come una donazione-divisione sotto condizione risolutiva, perchè come ho detto, se anche al tempo in cui fu fatta la donazione tutti i figli sono contemplati e poi ne sopravvengono altri, per questo fatto, sebbene la donazione sia stata fatta validamente, essa si risolve, come se vi fosse stata apposta la condizione risolutiva.
2°) Un'altra speciale azione della divisione inter liberos è l'azione per lesa legittima (art° 1048). Quest'azione è conseguenza d'un principio generale, cioè che la legittima non può essere intaccata in alcun modo. Quindi se il padre facendo la divisione inter liberos, per atto tra vivi o per testamento, lascia ad alcuno dei figli meno di quello che spetterebbe loro a titolo di legittima evidentemente il suo atto è contrario alla legge, e quindi i figli hanno diritto d'impugnare quest'atto. Come possono impugnarlo?

Qui nasce la questione. La legge parla di azione d'impugnativa. Negli altri casi di lesione di legittima, che abbiamo studiato, il legittimario non impugna l'atto, non esercita l'azione di rescissione, ma esercita l'azione di riduzione contro quella tale liberalità che ha prodotto la lesione.
È questo stesso diritto che si concede coll'art° 1048, oppure è un diritto di natura diversa? Alcuni dicono: quando la divisione inter liberos, fatta per atto tra vivi o per testamento, lede la legittima d'un figlio, costui ricorrerà alle norme comuni, poste dalla legge in garenzia della legittima, cioè farà ridurre quella donazione o quel legato che ha prodotto la lesione; ma la donazione od il testamento resteranno intatti. Altri dicono: qui la legge parla d'impugnativa, di azione di rescissione dell'atto di divisione. Tra azione di riduzione ed azione di rescissione vi sono delle differenze. Infatti se si tratta di azione di riduzione sarà toccata soltanto la liberalità che ha prodotto la lesione, se invece si tratta di azione di rescissione allora sarà rescisso tutto l'atto. Non solo, se si tratta di azione di riduzione vi sarà la prescrizione di trent'anni; se si tratta di azione di rescissione; e la divisione sia stata fatta per atto tra vivi, la prescrizione sarà di cinque anni. Noi crediamo che l'opinione più giusta sia quella la quale ritiene che la legge ha voluto garentire la legittima, non già concedendo al legittimario l'azione di riduzione contro quella data liberalità che ha prodotto la lesione, ma l'azione di rescissione contro tutto l'atto della divisione; il che si rileva dalle stesse parole della legge. Infat-

ti l'art° 1049 dice: «La divisione fatta dall'ascendente può essere impugnata, se dalla medesima o dalle altre disposizioni fatte dall'ascendente risulta che sia leso nella porzione legittima alcuno di quelli, fra i quali sono stati divisi i beni». Inoltre il codice nello stesso articolo parla tanto di questa speciale azione in garenzia della legittima, quanto dell'azione di rescissione per lesione oltre il quarto. Avendo messo insieme queste due azioni, vuol dire che il legislatore le ha considerato di natura eguale, pur avendo scopo diverso, in quanto la prima azione serve a garentire la legittima, la seconda serve a garentire l'eguaglianza tra i coeredi. La conseguenza di questo è che quando uno dei discendenti riconosce lesa la legittima ha diritto d'impugnare tutto l'atto di divisione e di pretendere una nuova divisione. A questo proposito gli autori fanno una quistione accessoria. Se il discendente, leso nella legittima, domanda la rescissione della divisione e quindi una nuova divisione, gli altri condividenti possono impedire tale effetto dando un supplemento, e questo supplemento lo possono dare in denaro o lo debbono in natura? La questione nasce da ciò, che ogni qualvolta la legge nostra ammette l'azione di rescissione sia nella vendita, sia nella divisione, ammette la possibilità che l'interessato in contrario possa impedire l'esercizio di quest'azione dando un supplemento. Ora, si dice, se questo è un principio comune a tutti i casi di azioni di

rescissione per lesione, ragione vuole che questo principio, sebbene non espresso esplicitamente dalla legge, in questo punto, venga applicato. Secondo noi tale soluzione è illogica. Sta bene che si possa offrire il supplemento quando si parta dal concetto della semplice riduzione, ma, se la lesione della legittima importa la nullità completa dell'atto di divisione, non v'è riparo. E ciò, tanto più che il legittimario ha diritto ad avere la sua quota in natura, e questo suo diritto si estende su tutti i beni ereditarî, nè può concedersi agli altri la facoltà di offrire a propria scelta danaro o determinati cespiti in soddisfacimento delle ragioni di legittima. Quando si prescrive questa azione? Anche quest'azione nasce soltanto il giorno in cui si apre la successione, appunto perchè non si può parlare di legittima se non vi sia l'eredità; giacchè la quota legittima per il diritto nostro è quota ereditaria; chi pretende la legittima deve avere la qualità di erede e per avere questa qualità è necessario che la successione sia aperta. Ancorchè l'atto che importa lesione di legittima sia divisione fatta per donazione, anche se questa fin dal primo momento si mostri lesiva della futura legittima, non può essere impugnata, perchè colui che ha ricevuto per donazione può non essere erede, può rinunziare, all'eredità, e quindi solo quando ha acquistato la qualità ereditaria, solo allora si verifica la lesione della legittima e na-

sce l'azione. Questa azione adunque nasce solo nel giorno in cui è aperta la successione. In quanto tempo si prescrive? Bisogna distinguere secondo i casi. Se la divisione è fatta per testamento, allora si prescrive in trent'anni, se è fatta per atto tra vivi, siccome tutte le azioni di nullità, di risoluzione, di rescissione nei contratti si prescrivono in cinque anni (articolo 1300), anche l'azione di rescissione per lesa legittima che riguarda una donazione-divisione, sebbene nasca nel giorno in cui è aperta la successione, perchè prima non poteva esercitarsi, pure si prescrive nel periodo di cinque anni, secondo la regola generale.

3°) Finalmente l'ultima azione di impugnativa che riguarda la divisione inter liberos è la rescissione per lesione oltre il quarto. Qui la legge non fa che applicare il principio generale; comune a tutte le divisioni. Siccome la divisione ha per caratteristica l'uguaglianza tra i condividenti, ogni qualvolta questa eguaglianza sia lesa oltre una certa misura, la legge soccorre coll'azione di rescissione. Quest'azione che vale per distruggere la vera e propria divisione, vale per distruggere la divisione inter liberos. Nel Diritto romano e comune, l'azione di rescissione per lesione oltre il quarto non era ammessa contro la divisione inter liberos; e logicamente perchè la divisione inter liberos si fonda principalmente su

ciò che il padre di famiglia sa come debbono essere distribuiti i beni tra i figli, perchè conosce i meriti di ciascuno di essi, e quindi è giusto dare a lui una certa latitudine nella divisione. Invece il codice francese applicando il principio della comproprietà familiare, costrinse il padre di famiglia a soggiacere alle regole comuni della divisione, e quindi ammise l'azione per lesione oltre il quarto anche contro la divisione inter liberos. Tanto l'uno che l'altro sistema sono coerenti; ma non può dirsi tale quello seguito dal nostro codice, il quale concede tale azione solo se la divisione sia stata fatta per atto tra vivi, non se per testamento (articolo 1048 in fine). Quale può essere la ragione della differenza? Logicamente nessuna: solo ve ne è una storica. Il nostro legislatore ha riprodotto in ciò il codice albertino, i di cui compilatori nel porre tale differenza partirono da un concetto errato: cioè che come la collazione è dovuta solo per le donazioni e non per i legati, mentre pel codice francese è dovuta anche per questi, così la rescissione per lesione oltre il quarto dovesse riguardare solo la divisione per donazione, non già anche quella per testamento. Ma evidentemente la analogia tra collazione delle donazioni, e la rescissione della divisione inter liberos appare anche a prima vista addirittura insussistente, e perciò

arbitraria è ancora la differenza di trattamento fatta ai due modi di divisione inter liberos.

L'azione di rescissione per lesione, seguendo la teoria da noi accolta, si prescrive in cinque anni dal giorno della donazione, non già da quello dell'apertura della successione.

INDICE SOMMARIO DELLE LEZIONI